

DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO DE LESIONES

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2016/2017



AUTORA: ANDREA RAQUEL CASÁS GONZÁLEZ

TUTORA: LUZ MARÍA PUENTE ABA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

ÍNDICE

1. Antecedentes de hecho	3
2. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal o no, matrimonio válido, no válido)?	4-8
A. Pareja de hecho	4-5
B. Matrimonio	5-8
3. La adopción de Antonio ¿fue valida?	8-14
A. Requisitos para adoptar	8-10
B. Idoneidad de los adoptantes	10-11
C. Idoneidad del adoptando	11
D. Adopción por las parejas de hecho	11-13
E. Conclusiones	13-14
4. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿Les corresponde a Antonio y a Lucia una pensión de alimentos?	14-27
A. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio?	14-18
B. La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad	18-20
C. ¿Les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos?	20-27
c.1. Posibilidad de una pensión de alimentos a favor de Antonio.....	20-22
c.2.Posibilidad de una pensión de alimentos a favor de Lucía	22-26
c.2.1. Si la custodia de la menor es compartida	24-25
c.2.2. Si la custodia de la menor es exclusiva.....	25-26
c.3. Conclusiones	26-27
5. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)... ..	27-38
A. Concepto y requisitos de la vivienda familiar	27-29
B. Atribución del uso de la vivienda familiar	29-34
b.1. Acuerdo de los cónyuges	29-30
b.2. Atribución a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (en defecto de acuerdo entre los cónyuges)	30-33
b.2.1. Si la custodia es exclusiva de uno de los cónyuges	30-32
b.2.2. Si la custodia es compartida	32-33
b.3. Caso especial: violencia de género	33-34
C. Donación por razón del matrimonio (regalo de bodas).....	34-35
D. Temporalidad del uso de la vivienda familiar.....	35-36
E. Gastos derivados de la titularidad o uso del inmueble	36-37
F. Conclusiones	37-38
6. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?	39-46
A. Lesiones	39-44
a.1. Tratamiento médico	41-42
a.2. Tratamiento farmacológico	42
a.3. Uso de collarín	42-43
a.4. Esguince	43-44
a.5. Conclusiones	44
B. Amenazas	44-45
C. Violencia doméstica habitual	45-46
7. Conclusiones	47
8. Bibliografía	48
9. Apéndice jurisprudencial	49-50

ABREVIATURAS

A	Auto
art.	Artículo
AP	Audiencia provincial
AA.VV	Varios autores
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Boletín Oficial de las Islas Baleares
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
Dir.	Director
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LEC	Ley del Enjuiciamiento Civil
LECrim.	Ley del Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
núm.	número
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RRC	Reglamento del Registro Civil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
SS	Sentencias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
<i>vid.</i>	véase

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En 2014, Leticia García Ayala era una mujer de 30 años empadronada en Madrid que vivía con su hijo Antonio de 13 años (cuyo padre murió a los pocos años de nacer el niño). En enero del 2014, Felipe Dominguez García contactó con Leticia a través de Facebook, asegurando ser su sobrino y sus ganas de conocerla. En febrero del mismo año, en uno de sus viajes a Madrid, ya que él residía en Palma de Mallorca, se conocieron y entablaron una relación amorosa.

SEGUNDO. Leticia tenía una situación laboral inestable, al contrario que Felipe ya que trabajaba en una empresa de tecnología de su padre que le permitía tener una posición laboral que le daba gran estabilidad económica. Aprovechándose de ello, Felipe intentó convencer a Leticia para que se mudara con él a Palma de Mallorca y mejorar su situación personal; finalmente, el 15 de junio de 2014, se mudó a Palma de Mallorca donde podía dedicarse más a su blog de moda.

TERCERO. Felipe y Leticia decidieron inscribirse como pareja de hecho para dar mayor seguridad a su relación el 2 de agosto de 2014, en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca (ya que era donde Felipe estaba empadronado y donde residía la pareja en esa fecha). Además, el 13 de octubre del mismo año, la pareja comienza los trámites para llevar a cabo la adopción tras la proposición de ello por parte de Felipe.

CUARTO. La pareja constantemente se muda de casa por razón del trabajo de Felipe, teniendo varias residencias dentro del territorio español, lo que llevó a Leticia a abandonar su trabajo y a tener que depender de la posición económica de la pareja. Leticia, se cansa de esta situación y le da un ultimátum a Felipe: o se casan o se lleva a Antonio. Por eso, el 25 de mayo de 2015 Felipe y ella contraen matrimonio en Barcelona, en el ayuntamiento y ante la alcaldesa.

QUINTO. Una semana antes de la boda, la madre de Felipe se reúne con ellos para hablar sobre el regalo de bodas, que será una casa de 135 metros cuadrados situada en Lugo. Acuerdan que sea Felipe el propietario de la vivienda, y es donde deciden mudarse ya que la empresa de tecnología donde trabaja Felipe tiene una sede allí. Una vez instalados en Lugo, es Leticia la que se dedica al mantenimiento y cuidado de la casa. En julio del 2015, Leticia se queda embarazada, por lo que el médico le recomienda reposo y, en consecuencia, Felipe debería de ayudarla en ciertas tareas de la casa. Finalmente, el 18 de abril del 2016 nace Lucía, la hija del matrimonio.

SEXTO. Leticia, delante de sus vecinas, presume lo atento y protector que es su marido porque está siempre pendiente de ella y le escribe por WhatsApp para saber donde está, y aunque le dicen que eso es muy posesivo ella no les presta atención. Durante las navidades del 2015, Felipe no para de menospreciar su trabajo porque dice que “es lo menos que tiene que hacer si yo soy el que trabajo”; tras la cena, Leticia le recrimina su aptitud y Felipe le promete que no volverá a pasar. El 13 de marzo de 2016, la madre de Felipe se rompe la cadera y su cuidado desencadena una discusión entre el matrimonio que termina con un empujón por parte de Felipe a Leticia diciéndole que es libre de irse pero que si lo hace no va a volver a ver a sus hijos. La mañana siguiente, Leticia acude al médico porque se encuentra en el último tramo de embarazo, donde le receta únicamente analgésicos para el dolor. El 16 de junio de 2016, Felipe tras que Leticia le recriminase que nunca está en casa y que necesita ayuda, le propina varios golpes que le provocan un esguince en el pie derecho y fuertes dolores cervicales. Luego, cuando acude al médico, se lo venda y le receta analgésicos para el dolor además de obligarle a usar un collarín.

I. ¿CÓMO CALIFICARÍA LA SITUACIÓN LEGAL DE LETICIA RESPECTO DE FELIPE (PAREJA DE HECHO LEGAL O NO, MATRIMONIO VÁLIDO, NO VÁLIDO)?

A. PAREJA DE HECHO.

En la legislación estatal no se regula concretamente el tema relativo a las parejas de hecho. Sin embargo, hay una serie de disposiciones¹ de las que se parte de un concepto prejurídico de pareja donde se presupone dicha figura (por lo que el legislador no la ignora). Asimismo, hay una necesidad de regulación sobre la materia de parejas de hecho que llevarán a cabo las distintas leyes autonómicas. En este caso, dado que Felipe Domínguez García y Leticia García Ayala se inscribieron como pareja hecho en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca —por ser donde estaba empadronado Felipe y donde residía la pareja en esa fecha— haremos referencia a la Ley 18/2001, de 19 de diciembre² que es la que regula en esta Comunidad Autónoma lo que denomina como “Parejas estables”. Esta Ley en su Exposición de Motivos fundamenta por qué el legislador la promulga: *“Tradicionalmente, la forma de manifestar esta unión establece ha sido el matrimonio, pero actualmente se presentan otras formulas familiares, en constante aumento y cada vez más aceptadas por la sociedad”*. En el primer precepto de la Ley se define a las parejas de hecho como *“las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal”*. Cabe decir que para que la situación de vida común que desarrollan muchas parejas al margen del matrimonio pueda producir efectos jurídicos, es necesario que se cumplan ciertos requisitos por los que se pueda considerar que se trata de una verdadera convivencia *“more uxorio”*. En este sentido, la STS de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992\4907) destaca las condiciones en que debe desarrollarse esta convivencia para que se de su reconocimiento legal, al establecer que la misma *“ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”*. Por tanto, la convivencia *“more uxorio”* supone que la vida en común de la pareja se identifique con la vida matrimonial (es decir, que los convenientes se comporten en sus relaciones personales y sociales como si estuviesen casados)³. Y en consecuencia de ello, la comunidad de vida desarrollada por los convenientes debe ser estable, pública y notoria. Como establece la STS de 18 de mayo de 1992 citada anteriormente *“ésta debe practicarse de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados”*.

Más adelante, en el art. 2, se recoge el requisito para que se pueda constituir una pareja de hecho: ser mayor de edad o menor de edad emancipado. No obstante, continúa estableciendo una lista de los individuos que no podrán constituir “pareja estable” y, en concreto, en el apartado c) se recoge el supuesto de *“los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado”*. Por tanto, en el caso

¹ Entre ellas, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del CC y de la LEC en materia de adopción establece que las referencias de la capacidad de los cónyuges para adoptar a un menor fueran también aplicables *“al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”*, o la Ley de Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor que para hacer referencia a la víctima del cónyuge, respecto al sistema de valoración de los daños causados en el accidente, aclara que *“Las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho”*.

² BOIB núm.156 de 29 diciembre 2001 y BOE núm. 14 de 16 enero 2002. Esta ley solo será aplicable si uno de los miembros tiene la vecindad civil de las Islas Baleares (art. 2.2).

³ MESA MARRERO, C.: *Las Uniones de Hecho*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 31-33.

de la pareja de hecho constituida por Felipe y Leticia se cumpliría el requisito de la convivencia libre, pública y notoria entre ellos, además del de la mayoría de edad de ambos individuos (26 y 30 años); sin embargo, se da una de las prohibiciones para que puedan constituir “pareja estable” al ser colaterales por consanguinidad en tercer grado (tía y sobrino). A diferencia del matrimonio, en este caso no cabe anterior ni ulterior dispensa a la inscripción como pareja de hecho. Por otra parte, cabe señalar que como Felipe y Leticia se casaron posteriormente -en caso de que dicho matrimonio y la pareja de hecho fueran válidos- habría que atender al art. 8 de la misma Ley donde dentro de las diferentes causas que extinguen la figura de pareja de hecho se recoge la del “matrimonio de uno de sus miembros”. En este caso, se casarían los dos miembros de la pareja y por tanto, ese matrimonio extinguiría la pareja de hecho. Por tanto, al haber una unión matrimonial posterior de los mismos y debido a que cumple una de las prohibiciones recogidas en la Ley, no podríamos hablar de pareja de hecho entre los mismos, ya que no sería legal en ningún caso.

B. MATRIMONIO.

A continuación analizaremos si cabe la posibilidad de que la situación legal entre Leticia y Felipe fuese la de matrimonio. El art. 56.1º CC establece que *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código”* y, por su parte, el art. 58.3 de la Ley del Registro Civil indica que *“La celebración del matrimonio requerirá la previa tramitación o instrucción de un acta o expediente a instancia de los contrayentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier otro obstáculo, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil”*. Por tanto, tras la lectura de ambos preceptos, podemos llegar a la conclusión de que antes de casarse, es imprescindible para los interesados la tramitación de un acta o expediente previo con la finalidad de hacer constar que se reúnen todos los requisitos y circunstancias exigidos en la ley para contraer matrimonio. Esta acta la tramitará el Notario del lugar del domicilio de alguno de los contrayentes y la instrucción del expediente corresponderá al Secretario judicial o Encargado del Registro Civil del domicilio de uno de ellos. A pesar de lo expuesto, existen dos supuestos de gran relevancia donde cabe hacer una excepción a lo dispuesto en los anteriores preceptos. El primero es el caso de matrimonio contraído de forma religiosa para el cual no parece requerirse la tramitación del expediente previo al matrimonio (art. 63 CC) —siendo suficiente que una vez celebrado el mismo, el funcionario encargado del Registro compruebe la concurrencia de los requisitos exigidos por la legislación civil para contraerlo—. Y el segundo de los supuestos consiste en una excepción regulada por el art. 65 CC al disponer que *“(…) el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro, antes de practicar la inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración”*; es decir, se permite que en caso de que el matrimonio llegue a celebrarse sin haberse incoado la previa tramitación del acta o expediente previo sea válido si se tramita después, aunque ya se hubiese celebrado el matrimonio.

Como se ha anticipado, la Ley exige una serie de requisitos referentes a la capacidad de la persona, el consentimiento de los contrayentes y la forma de celebración. Estos reciben el nombre de *“requisitos simultáneos”* porque para que el matrimonio llegue a ser válido deben de concurrir en el instante de su celebración⁴. A continuación, analizaremos brevemente cada uno de estos requisitos en relación al cumplimiento de los mismos por Leticia García Ayala y Felipe Domínguez García en el momento de contraer matrimonio. En primer lugar, respecto a la capacidad y aptitud personal para contraer válidamente matrimonio se deben de cumplir una serie de presupuestos: que los contrayentes sean menores de edad no emancipados —lo que implica que la edad mínima para contraerlo sea de dieciséis

⁴ OSSORIO SERRANO, J.M.: “Requisitos del matrimonio”, en AAVV, *Curso de Derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones* (SANCHEZ CALERO, F.J., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 64.

años, edad a partir de la cual es posible obtener la emancipación— como establece el art. 46.1º CC en forma negativa⁵; que ninguno de los contrayentes esté ligado con vínculo matrimonial, lo que significa que solo pueden casarse aquellos que nunca se hayan casado, los que hayan quedado viudos por matrimonio anterior o los que hayan obtenido la libertad de estado tras su anterior matrimonio tras disolverse el mismo por divorcio o por nulidad matrimonial; y, por último, que ninguno de los contrayentes carezca de suficiente entendimiento y voluntad para poder prestar consentimiento válido. En este sentido, la redacción del Código civil no exige la sanidad de juicio pero como en el matrimonio la prestación del consentimiento es imprescindible, se entiende que no pueden prestarlo válidamente quienes no gozan de suficiente entendimiento y voluntad —es decir, quienes se encuentren en un estado que les impida discernir el alcance de sus actos—. No obstante, el Código permite contraer matrimonio a quien tiene una enfermedad o deficiencia mental, intelectual o sensorial si se puede acreditar en el momento de celebración del mismo que conoce el alcance de sus actos mediante un dictamen favorable médico sobre su aptitud para prestar dicho consentimiento⁶. En segundo lugar, respecto al consentimiento de los contrayentes, el art. 45.1º CC establece que “*No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*” considerándose nulo si se celebra sin el mismo (art. 73 CC). En consecuencia de esta exigencia, no cabe someter el matrimonio a condición, término o modo ya que estos no tendrán relevancia jurídica (art. 45.2º CC) ni tampoco cabe celebrarlo por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento o, por coacción o miedo grave (art. 45.4º y 5º CC). Y en tercer lugar, respecto a la forma de celebración del matrimonio, debe seguir alguna de las modalidades permitidas: el matrimonio civil de forma ordinaria o extraordinaria (el secreto y el celebrado en peligro de muerte), el matrimonio religioso y el matrimonio de españoles en extranjero o de extranjeros en España. En este caso, vamos a hacer referencia al matrimonio civil de forma ordinaria que es el que nos interesa para el estudio del matrimonio entre Leticia y Felipe. Según establece el art. 51.2 CC son competentes para autorizar el matrimonio el Juez de Paz o Alcalde de municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en que se delegue, el Secretario judicial o Notario libremente elegido por los contrayentes competente en el lugar de la celebración y el funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.

En definitiva, el matrimonio contraído por Leticia García y Felipe Domínguez cumple todos los requisitos legales. Ambos son mayores de edad (dado que tienen treinta y veintiséis años, respectivamente) y no están ligados por ningún vínculo matrimonial (ya que en el caso de Felipe no se habla de ninguna relación y en el de Leticia no se especifica si mantuvo una relación matrimonial o de hecho con Antonio, el padre de su hijo, pero en todo caso, tras su fallecimiento estaría permitido un ulterior matrimonio). Además, al no establecerse lo contrario, podemos entender que gozan del suficiente entendimiento y voluntad para prestar consentimiento válido y que hubo dicho consentimiento matrimonial (sin estar sometido a condición, o prestado con error en la identidad de la persona, bajo coacción o miedo grave). Por último, se nos dice que Felipe y Leticia contraen matrimonio en el ayuntamiento y ante la alcaldesa de Barcelona, por lo que entra dentro de las modalidades de matrimonio permitidas —matrimonio civil de forma ordinaria— siendo competente la alcaldesa para autorizar el matrimonio por ser una de las personas competentes para ello establecidas en el art. 51.2 CC (“*Alcalde de municipio donde se celebre el matrimonio*”). Todo ello si se cumple el art. 58 CC en la ceremonia de la boda que implica que la Alcaldesa pregunte a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si

⁵ Tras la reforma de julio del 1981, el Código civil ya no establece una edad mínima de forma numérica para contraer matrimonio ni tampoco distingue entre los distintos sexos. Anteriormente a la reforma, se establecía la edad mínima de catorce años para los hombres y doce años para las mujeres.

⁶ Véase el párrafo segundo del artículo 56 del Código Civil.

ambos responden afirmativamente, que declare que quedan unidos en matrimonio y extienda el acta o autorice la escritura correspondiente.

Sin embargo, para que el matrimonio sea válido además de estos requisitos citados, que aparentemente se han cumplido en el matrimonio de Felipe y Leticia, el art. 47 CC regula una serie de prohibiciones legales para contraer matrimonio. Es decir, que para poder casarse válidamente no puede existir ninguna de dichas circunstancias que prohíba contraer matrimonio entre dos personas. Y este es el caso del matrimonio entre Leticia García Ayala y Felipe Domínguez García, ya que se da una de las circunstancias de las citadas en dicho precepto: *“Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado”*. Es decir, el matrimonio entre los dos sujetos no sería válido por ser parientes colaterales en tercer grado (sobrino-tía); sin embargo, en el propio Código Civil se recoge una excepción a esta prohibición, en cuyo caso el matrimonio podría celebrarse de modo válido y eficaz. En este sentido, el art. 48 CC establece que *“El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales”*; así que el matrimonio entre un sobrino y tío podría ser válido si lo pide cualquiera de los contrayentes (*“a instancia de parte”*) y el Juez, discrecionalmente, dispensa el impedimento del art. 47 CC, permite dicha unión matrimonial y considera que el mismo resulta aconsejable tras la tramitación del expediente. Para ello, se va a establecer un trámite de audiencia para todos los interesados —es decir, cualquier persona que tenga algún conocimiento que pueda influir en la decisión judicial (art. 247 CC)— pero aunque el juez ha de tener en cuenta la voluntad de estos sujetos, no va a resultar vinculante⁷. Este expediente estará sujeto a la legislación del Registro civil y contra dicha resolución del juez cabe recurso ante la DGRN (art. 355 RRC). Hay que tener en cuenta que tal solicitud es imprescindible; en este sentido, la RDGRN 24.02.2001 (RJ 2001\3860) no autoriza la boda entre tío y sobrina carnales por no haberse solicitado la dispensa. Para que prospere, en la solicitud de dispensa deberá de expresarse con claridad el árbol genealógico de los contrayentes (art. 261.2 RRC), aunque la RDGRN 18.10.95 (RJ 1995\9565) reconoce que tal aportación no será necesaria cuando conste suficientemente el parentesco alegado; y también, deberá de concurrir justa causa⁸ (*“con justa causa”*) como dispone el art. 260.2 RRC al regular que *“quien lo solicite acreditará los motivos de índole particular, familiar o social que invoque, y aportará en su caso, un principio de prueba de impedimento”*. En este sentido, la mencionada RDGRN 18.10.1995 (RJ 1995\9565) estima como justa causa la convivencia prolongada y voluntaria entre tío y sobrina durante veintidós años por imposibilidad física del primero, pero puede valer otra cualquiera. Además, en el segundo párrafo de este art. 47 CC se permite la posibilidad de que se obtenga la dispensa del impedimento después de haberse celebrado, en cuyo caso quedará convalidado *“La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes”*. Según algunos autores, dicha acción de nulidad ha de estar interpuesta cuando se solicite la dispensa⁹.

En conclusión, el matrimonio entre Felipe Domínguez García y Leticia García Ayala debido a que son parientes colaterales por consanguinidad en tercer grado (respectivamente, sobrino y tía), por lo dispuesto

⁷ CRESPO MORA, M.C.: “La celebración del matrimonio”, en AAVV, *Derecho de familia* (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., Coord.), Aranzadi, Navarra, 2012, p.415.

⁸ MARÍN LOPEZ, M.J.: “Requisitos del matrimonio”, en AAVV, *Manual de Derecho civil. Derecho de familia* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.), Bercal, Madrid, 2013, p.53.

⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil: Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 77.

en el art. 47 CC, debe considerarse nulo al darse uno de los impedimentos matrimoniales regulado en dicho precepto. Sin embargo, es cierto que el Juez de Primera Instancia, con justa causa y a instancia de parte, podría dispensar el impedimento y convalidar el matrimonio nulo tanto antes como después de la celebración del matrimonio. Por lo que, aunque debe solicitarse antes de contraer matrimonio, cabe la posibilidad de obtener la dispensa ulterior que convalida el matrimonio desde su celebración, siempre que no se instara declaración de nulidad del mismo. Por consiguiente, la situación legal de Leticia respecto de Felipe se podría calificar de dos modos distintos. En primer lugar, se puede calificar como matrimonio válido si entendemos que se cumplió válidamente el art. 56.1 CC, el cual establece que *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código”*, ya que en dicho expediente matrimonial debe expresarse *“la declaración de que no existe impedimento para el matrimonio”* (art. 240.3º RRC). Así pues, como a pesar de que existía un impedimento del art. 47 CC Felipe y Leticia llegaron a contraer matrimonio ante la Alcaldesa, se supone que tras el pertinente expediente matrimonial, podemos entender que se les concedió la dispensa de dicho impedimento y por eso, se les permitió contraer matrimonio sin complicación alguna. Sin embargo, como en el caso no se nos habla de la solicitud o concesión de ninguna dispensa, lo más razonable sería calificar dicha unión como un matrimonio no válido. Esto es así, porque como hemos dicho anteriormente, el matrimonio entre parientes por consanguinidad en tercer grado forma parte de uno de los impedimentos de la legislación civil, a no ser que se solicite y conceda la dispensa del mismo por el Juez para que se convalide y se pueda conformar un matrimonio válido. Por tanto, si entendemos que no hay constancia de que dicha situación (de dispensa) tuvo lugar —por no tener conocimiento del impedimento tanto los cónyuges como el tramitador del expediente, o por ocultarse—, se calificará el matrimonio entre Felipe y Leticia como no válido.

II. LA ADOPCIÓN DE ANTONIO, ¿FUE VÁLIDA?

La adopción, según la Guía explicativa del Ministerio de Justicia de 3 de junio de 1999, “supone una nueva relación familiar igual o equiparada a la biológica, por lo que se establece como regla, la ruptura de vínculos, personales, familiares y jurídicos entre el hijo adoptivo y sus padres, naturales o biológicos”¹⁰. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de septiembre de 1999 (AC 1999\1891) hace referencia al concepto de adopción indicando que *“se trata de una institución que en los tiempos modernos ha ido adquiriendo un nuevo auge y (...) que suscita el interés del gran público (...) que se puede decir que en nuestros días es mayor la demanda de niños en adopción que la oferta que puedan hacer de ellos los establecimientos benéficos”*. Además, establece que en el art. 108 CC es donde se refleja la tendencia a la equiparación de la filiación por naturaleza y adopción: *«la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción»*. Por tanto, la adopción es “es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial”. Estas personas que soliciten la adopción de un menor van a tener que cumplir una serie de condiciones.

A. REQUISITOS PARA ADOPTAR.

Respecto a la **edad**, nos encontramos con dos requisitos a los que hace referencia el art. 175.1 CC. El primero consiste en que *“el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos*

¹⁰ DE LA ROCHA GARCÍA, E.: *Los menores de edad en el derecho español*, Comares, Granada, 2000, p. 49.

cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad”. Como vemos, se está exigiendo una edad mínima al adoptante, quizás para asegurar protección y estabilidad familiar al menor. Se puede hablar de la necesidad de una capacidad especial para adoptar (art. 175.1 CC: veinticinco años), que implica alcanzar una determinada edad, sin que sea suficiente la capacidad general o plena que comúnmente se alcanza con la mayoría de edad (art. 315 CC: dieciocho años)¹¹. Si la adopción se lleva a cabo por ambos cónyuges, basta con que uno de ellos alcanzase dicha edad; sin embargo, en el caso de que se trate de una adopción del hijo por naturaleza del consorte o de la pareja aunque se trate de una adopción individual, carecería de sentido excluir la dispensa por el hecho de que la adopción llevada a cabo fuese individual ya que el resultado sería el mismo. En adopciones por parejas de hecho, cabe la posibilidad de aplicar esa exclusión debido a que hay una equiparación y conexión entre las mismas y el matrimonio que deriva de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, no solo respecto a la forma de llevar a cabo la adopción y al hecho de ser simultáneamente padre o madre de un mismo individuo, sino también a los requisitos de la edad del Código Civil¹².

El segundo requisito consiste en que *“la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando”*. Este precepto fue modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ya que en la redacción anterior se exigía la diferencia de catorce años. ¿Cuál es la finalidad de este requisito referente a la diferencia de edad? Según el legislador, se entiende que debe existir la diferencia de edad que como mínimo puede haber entre un progenitor y su ascendiente. Asimismo, el legislador delimitaba la natural diferencia en el intervalo de catorce años y, en la actualidad, en el de dieciséis años. La diferencia de edad que debe de existir entre el adoptante y el adoptado es imprescindible; así lo indica, entre otras, la SAP de Barcelona, de 14 de febrero de 2001 (AC 2002\405) al catalogar como *“un requisito sustantivo y esencial que el adoptante sea mayor de veinticinco años y tener como mínimo catorce años más que la persona adoptada”*, provocando que la consideración de adopción nula no sea convalidable ni subsanable por el hecho de no cumplir el requisito de la diferencia de edad entre adoptado y adoptante. A diferencia del anterior requisito, este lo deben de cumplir ambos cónyuges (o análogos), no basta con que lo cumpla uno solo y por tanto, no existiría en ningún caso dispensa respecto al cumplimiento de este requisito. La importancia de los requisitos referentes a la edad del adoptante de los preceptos del CC son indispensables, como podemos extraer del Auto de la AP de Sevilla 273/2004, de 30 de noviembre (JUR 2005\68309) al decretarse como válida la adopción (acordada así por el Juzgado) por el esposo de la madre de dos menores *“al entender que están cumplimentados los requisitos del art. 175 C.C. y 176 n.º 22ª del C.C.”*. O el AAP de Barcelona, de 31 de octubre de 2003 (JUR 2004\4274) en la que se inadmite el recurso planteado porque la edad del adoptante es de veintidós años (no cumple con la edad mínima para adoptar de veinticinco años) y diferencia de edad con el adoptado es de trece años (no cumple con la diferencia de edad mínima vigente en el momento del auto, catorce años; la cual aunque se haya modificado en 2015 a dieciséis años nos permite observar igualmente la importancia del requisito para que una adopción sea válida ya que si no se cumple, no cabría adopción en ningún caso: es un requisito indispensable e invalorable).

¹¹ MÉNDEZ PÉREZ, J.: *La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 89.

¹² BERIAIN FLORES, I.: *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 194-198.

Y el tercer requisito es la capacidad del adoptante, que a diferencia de los dos anteriores no se recoge ninguna referencia al mismo en el código civil¹³. Sin embargo, se debe de incluir como consecuencia de los requisitos nombrados referentes a la edad. Según doctrina aceptada, al exigirse que el adoptante ha de tener por lo menos veinticinco años, la **capacidad** del mismo se regula por el régimen general de capacidad. Por tanto, solo podrán adoptar los mayores de edad y los menores emancipados que cumplan con el requisito de edad mínimo y el de la diferencia de edad y, además, no haya una sentencia de incapacitación que declare lo contrario. La capacidad de obrar de los mayores de edad presupone la aptitud del sujeto para entender y asumir el compromiso adquirido mediante la adopción (art. 322 CC). Asimismo, solo la declaración judicial de incapacitación del adoptante podrá limitar su participación en los casos donde el grado de incapacidad declarada afecte a la capacidad de entendimiento necesario para considerar eficaz el consentimiento prestado a la adopción (art. 199 y 200 CC)¹⁴. A este requisito hace referencia, entre otras, la SAP de Murcia 216/2002, de 30 de septiembre (JUR 2002\265383) ya que trata la ausencia de enfermedad mental o trastorno psiquiátrico como un requisito personal de los adoptantes que implicará la idoneidad de los mismos para poder adoptar. En concreto, la propia sentencia cita el informe psicosocial realizado por el equipo de los tribunales donde afirman que *“No encontramos causa alguna que impida al Sr. M. y a la Sra. N. ejercer el rol de padres de manera adecuada y satisfactoria, presentando ambos capacidad psicológica para poder adoptar un hijo”*. Vemos así como dicha capacidad psicológica es imprescindible para poder llevar a cabo una adopción.

B. IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES.

El Preámbulo de la Ley 21/1987 establece como núcleo de la adopción *“el interés del adoptado que debe prevalecer sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción”*, aunque en la propia Ley no se dedica ningún artículo a las reglas de idoneidad de los adoptantes. Fue entonces la Ley Orgánica 1/1996 la que modificó los apartados 1 y 2 del artículo 176 CC para resolver esta carencia. El primer apartado dice que la adopción se constituye por resolución judicial y que se debe de tener siempre en cuenta el interés de la persona que va a ser adoptada y además, la *“idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”*. Lo que se entiende del mismo es que quienes hayan sido privados de la potestad o removidos de la tutela no podrán adoptar mientras perduren sus efectos: se niega la posibilidad de adoptar a quienes se hallen incurso en estos supuestos o pueda acreditárseles antecedentes de los mismos. Y el segundo apartado, reincide en la exigencia al establecer que para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad pública *“a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad”*, incitando al órgano administrativo a realizar una valoración seria, previas comprobaciones que fuesen necesarias, sin perjuicio de que el Juez pueda y deba ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción resultará beneficiosa para el adoptando (art. 1826 LEC)¹⁵. No obstante, no se requiere propuesta, entre otras situaciones, cuando el adoptando es hijo del consorte del adoptante o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; por tanto, en nuestro caso no se precisaría dicha propuesta previa por tratarse del hijo de la pareja de hecho del adoptante.

¹³ Aunque cabe decir que tanto la redacción originaria del CC como las reformas sobre adopción (establecidas por las Leyes de 1985 y 1970) exigían que el adoptante se hallase en pleno uso de sus derechos civiles. Es decir, toda persona que quisiera adoptar debía tener plena capacidad de obrar.

¹⁴ BERIAIN FLORES, I.: *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, op.cit., pp. 192-193.

¹⁵ MÉNDEZ PÉREZ, J.: *La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*, op.cit., pp. 98-99.

Asimismo, vemos como las personas que pretendan adoptar deben de encontrarse en una situación idónea que les permita afrontar la responsabilidad de concebir un hijo a través de la adopción; además de que el interés del adoptando se convierte en el centro de cualquier decisión judicial al respecto, interés prioritario que ha de respetarse siempre y que prevalece sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en el curso de la adopción¹⁶.

C. IDONEIDAD DEL ADOPTANDO.

Por otra parte, en la adopción también hay que atender a quiénes pueden ser adoptados: según el art. 175.2 CC, únicamente pueden ser adoptados los menores no emancipados (y, excepcionalmente, *“será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año”*). Además, el apartado tercero del mismo artículo establece una serie de prohibiciones por las que en consecuencia no se puede adoptar a un descendiente, un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad y un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela. Finalmente dispone que *“nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”*¹⁷.

D. ADOPCIÓN POR LAS PAREJAS DE HECHO.

A nivel estatal, el reconocimiento de la posibilidad de adoptar por parte de las parejas de hecho se introdujo por primera vez en el Proyecto de Ley de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley del Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, presentado por el Congreso de los Diputados el 4 de febrero de 1987. A pesar de que no se recogiese ninguna referencia respecto a las parejas de hecho, debido a su presencia en la sociedad, el Grupo Socialista introdujo dicha posibilidad presentado la enmienda número 55, que establecía lo siguiente: *“todas las referencias contenidas en la presente ley a uno o a ambos cónyuges, se harán extensivas a quienes se hallen ligados de forma permanente por análoga relación de afectividad”*. Aunque la redacción que quedó aprobada por las Cortes Generales fue la presentada en el Informe de la Ponencia que disponía lo siguiente: *“las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serían también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”*¹⁸. Cabe tener en cuenta que, en la actualidad, la mayoría de la doctrina afirma que las parejas de hecho forman parte del concepto de familia constitucionalmente protegido en el artículo 39 de la Constitución Española. Por eso, han de tener un tratamiento igualitario dentro de los márgenes que se establecen por el principio de igualdad (art.14 CE), aunque el matrimonio ocupe un lugar constitucional y legal regulado que no tienen las parejas de hecho. Para poder considerar válida una pareja de hecho, no se establecen unos requisitos mínimos, sino que para cada caso en particular se establecen cuales son los requisitos que se deben de cumplir para que dicha unión produzca los efectos que contienen las distintas normas. Asimismo, en algunos casos será suficiente la existencia de una relación de afectividad análoga a la matrimonial (Disposición Adicional 3ª Ley 21/1987) y en otros, dependerá de si existe una legislación propia sobre las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma

¹⁶ SANTIAGO GUTIÉRREZ, P.: *Constitución de la adopción: Declaraciones relevantes*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 26.

¹⁷ Únicamente en caso de muerte del adoptante o cuando el adoptante sufra la exclusión del art. 179, será posible una nueva adopción del adoptado, tal y como continua estableciendo el mismo artículo.

¹⁸ BERIAIN FLORES, I.: *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, op.cit., p. 107.

donde residan los mismos —si no la hubiera, se recurriría a la técnica de la analogía con el matrimonio (art. 174.3, Ley 40/2007)—.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 admite la posibilidad de adoptar a las parejas de hecho, aunque tal y como lo establece se puede entender que no favorece a la adopción que alguno de los miembros de la pareja desee realizar respecto a los hijos del otro. Esto es así, porque se alude directamente a las adopciones simultáneas que el CC permite realizar a los matrimonios. Sin embargo, el Código Civil también admite la específica adopción del hijo del consorte, en cuyo caso el cónyuge puede adoptar tanto al hijo por naturaleza como al hijo adoptivo; aunque bien es cierto que el consorte adoptante no actúa simultáneamente con otra persona. ¿Qué ocurre, por tanto, con la adopción del hijo de uno de los miembros de la pareja de hecho? En este sentido, hay que plantearse si la referencia a la simultaneidad excluye esta posibilidad por sí misma. Llegados a este punto, hay que atender, en primer lugar, a la literalidad de la norma: esta nos establece que los miembros de la pareja de hecho pueden adoptar a la vez (simultáneamente) a un tercero y, que en cuyo caso, se les aplicará las mismas normas que se aplican para la adopción simultánea por ambos cónyuges (art. 175 a 180 del CC). Por tanto, si lo que se pretende es que uno de los miembros de la unión adopte al hijo de su pareja, la Disposición Adicional Tercera no resulta aplicable a este caso; como consecuencia, habrá que ver si, conforme al Código Civil, es posible que uno de los miembros de la pareja de hecho adopte al hijo del otro. En nuestro caso, se pretende adoptar a Antonio, hijo por naturaleza de Leticia, por parte de Felipe; por tanto, como la Disposición Adicional Tercera no va a ser aplicable (ya que esta solo regula la adopción dual por las parejas de hecho), se tendrá que regir por lo establecido en el Código civil relativo a esta clase de adopciones. Pero hay que hacer referencia a los efectos de esta adopción porque, en general, el efecto que produce una adopción es, tal y como establece el art. 178 CC, la “*extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen*”; sin embargo, el mismo artículo continúa estableciendo una excepción: “*subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda (...) cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido*”. Por tanto, el mismo precepto iguala la relación conyugal a la relación de afectividad análoga a la misma (es decir, la pareja de hecho) y además, señala la posibilidad de que el hijo de uno de los miembros de la pareja sea adoptado por el otro, subsistiendo los vínculos jurídicos con su progenitor y su familia. Por tanto, tras ver la problemática que conlleva la interpretación literal de la D.A 3ª hay que atender a la interpretación extensiva de la misma, que precisamente es de donde se han valido tanto doctrina como jurisprudencia para que resultasen aplicables a las parejas de hecho algunos de los supuestos de adopción reconocidos a los cónyuges¹⁹. Estos son dos: la aplicación analógica de la Disposición Adicional Tercera a adopciones que no hayan sido llevadas a cabo de forma simultánea²⁰ y la interpretación extensiva de la posibilidad de adopción que la Disposición Adicional tercera otorga a las parejas de hecho²¹. Además, es importante tener en cuenta la modificación del art. 176 CC por el apartado veinte del art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio que anteriormente hacia referencia solo a los “*consortes*” y ahora lo hace también a la “*persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal*”, respecto a la adopción del hijo del cónyuge o de la pareja de hecho que no precisan propuesta.

¹⁹ BERIAIN FLORES, I.: *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, op.cit., pp. 131-136.

²⁰ AAP de Sevilla, de 30 de junio de 1992 (AC 1992\963).

²¹ En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 12 de junio de 2000 (AC 2000\1625) considera que existen las mismas garantías de protección del menor tanto por matrimonio como por parejas de hecho. La comunidad de vida sólida, permanente y estable es suficiente para dar cobertura a la adopción, con las mismas posibilidades que se reconocen a los cónyuges.

Por tanto, es posible que uno de los miembros de la pareja adopte al hijo del otro, siempre que se cumplan el resto de requisitos establecidos. Respecto a los elementos que configuran las parejas de hecho para considerarlas como tales, podemos extraer los siguientes por lo establecido tanto en leyes estatales como autonómicas, aunque en este caso se hará referencia a lo establecido en la citada Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables relativa a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, debido a que la pareja se inscribió en Mallorca por ser donde convivían y además, fue en ese momento cuando la pareja decidió que Felipe adoptase a Antonio (hijo biológico de Leticia). El primer elemento consiste en una convivencia estable y exclusiva de la pareja, excluyéndose así a otro tipo de unión integrada por más de dos personas. Es lo que se ha denominado tradicionalmente como convivencia *more uxorio* pública y notoria. Para determinar el grado de estabilidad de la relación entre la pareja se debe atender a criterios como el transcurso de un plazo de tiempo mínimo e ininterrumpido, la existencia de hijos en común o la manifestación formal y expresa de su voluntad de permanecer juntos²². En la Ley 18/2001 se define a las parejas de hecho como “*uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria*” (art. 1.1), por lo que se puede apreciar claramente este elemento referente a la convivencia pública y notoria. Además, hay que tener en cuenta el calificativo que se le da en la propia ley al regular este tipo de unión como “parejas estables”; es decir que, se precisa una estabilidad en la pareja. Por otra parte, el segundo elemento consiste en la existencia de una relación análoga a la conyugal (requisito formal). Debe existir voluntad de vivir juntos por ambas partes y del reconocimiento social de esa unión como una relación estable y duradera (pudiéndose diferenciar de este modo, de las relaciones esporádicas e intermitentes; además, de acercarse a la constitución de un matrimonio). Es decir, se va a exigir que entre los miembros de la pareja exista una comunidad que se asemeje a la marital. A esta “*relación de afectividad análoga a la conyugal*” hace referencia el mismo artículo 1 de la Ley 18/2001, incluyéndolo como un elemento más de la definición de la pareja estable que se regula en la propia Ley. Y el tercer elemento se refiere al requisito personal relativo la edad y los impedimentos. Respecto a la edad, no es de interés en este caso ya que el CC fija la edad para adoptar en veinticinco años —aunque cabe recordar que, en las Islas Baleares, solo pueden constituir pareja de hecho los mayores de edad y los menores emancipados—. Sin embargo, si que hay que atender a los requisitos personales que han de cumplir los convivientes, en este caso, recogidos en la Ley 18/2001 donde se prohíbe que constituyan pareja estable a “*los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado*”.

E. CONCLUSIÓN.

Para concluir, a continuación, una vez analizados los requisitos que se deben de cumplir para que una adopción sea válida y la posibilidad de adopción del hijo de uno de los miembros de la pareja de hecho por el otro, examinaremos si la adopción realizada por Felipe Domínguez a Antonio, hijo biológico de Leticia García, fue válida. Si atendemos a los requisitos regulados en los preceptos del Código Civil, en primer lugar, Felipe tiene capacidad para llevar a cabo la adopción de Antonio ya que no existe una sentencia de incapacitación que declare lo contrario. En segundo lugar, cumple con los requisitos referentes a la idoneidad del art. 176.1 y 2 CC debido a que Felipe no fue privado de la patria potestad ni removido de la tutela (apartado 1); además, de no precisarse propuesta por ser la supuesta pareja de hecho de la madre del menor. En tercer lugar, Antonio es apto para ser adoptado porque se trata de un “*menor no emancipado*” (art. 175.2 CC) y además, no cumple ninguna de las prohibiciones del CC. Sin embargo, en cuarto lugar, Felipe no cumple con el requisito del apartado primero del art. 175 CC. A pesar de que Felipe cumpla con la edad mínima de veinticinco años (ya que tiene veintiséis años), para que una adopción sea válida se precisa una diferencia de edad entre el adoptado y adoptante de dieciséis años: requisito que no se cumple entre Felipe y Antonio debido a que la diferencia de edad entre ellos es de

²² LIÑAN GARCÍA, A.: “Diversas consideraciones sobre las uniones de hecho en los ordenamientos jurídicos español y canónico”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 35, Castilla y León, 2015, pp. 18-19.

trece años. Por tanto, como este es un requisito esencial, la adopción no sería válida en ningún caso y, además, no cabría una posterior subsanación o convalidación de la adopción.

Por otra parte, como se ha explicado anteriormente, se acepta la adopción por parte de las parejas de hecho y además, se entiende que se equipara la relación matrimonial a la relación de afectividad análoga a la conyugal (como podemos extraer de, entre otros, la modificación del art. 176 CC). Asimismo, como el Código Civil también admite la específica adopción por uno de los cónyuges del hijo del otro (biológico o adoptivo) se debe de entender que lo mismo ocurre con las parejas de hecho. ¿Qué sucede? Que para que sea posible esta adopción por las parejas de hecho se deben de cumplir los elementos que configuran a las mismas, lo que no cumple la relación entre Felipe y Leticia. Esto se debe a que a pesar de convivir de una manera estable y exclusiva (además de pública y notoria), que conformen una relación análoga a la conyugal y que ambos sean mayores de edad, como ya se ha anticipado, cumplen con una de las prohibiciones respecto a la pareja de hecho donde fueron inscritos (Islas Baleares): ser parientes colaterales por consanguinidad en el tercer grado. Por tanto, al no existir pareja de hecho legal entre Felipe y Leticia (por ser sobrino y tía) no se puede considerar que la adopción de Antonio (hijo de Leticia) por Felipe (pareja de Leticia) fue válida como pareja de hecho del otro, ya que legalmente ésta no tuvo lugar. Si bien, como ya se mencionó previamente, dicha adopción no podría tratarse como válida en ningún caso porque no se cumple el requisito esencial de la diferencia de edad entre adoptado y adoptante.

III. ¿PUEDE LETICIA SOLICITAR EL DIVORCIO? Y EN SU CASO: ¿LES CORRESPONDE A ANTONIO Y A LUCÍA UNA PENSIÓN DE ALIMENTOS?

A. ¿PUEDE LETICIA SOLICITAR EL DIVORCIO?

La nulidad matrimonial implica una anomalía en el negocio jurídico matrimonial que impide la eficaz constitución del mismo (aunque a veces se haya creado bajo apariencia de validez). Constituye una manifestación de la figura jurídica de la invalidez y se produce por concurrir en el negocio con el que se pretende constituir el matrimonio una circunstancia que impide que llegue a hacerlo eficazmente. La actuación jurídica frente a ello es la de solicitar ante los Tribunales la declaración de que ese negocio jurídico, en este caso el matrimonio, fue inválido desde el comienzo.

La Sentencia de la AP de Madrid, de 17 de diciembre de 1998 (AC 1998\8718) hace referencia al concepto de nulidad matrimonial indicando que *“la declaración de nulidad, destruye la apariencia de vínculo, que nunca existió legalmente porque al matrimonio, como negocio jurídico creador de aquél, le faltó algún requisito que no permitió que produjera efecto alguno, aunque sí una apariencia, por tanto fundamentalmente, la nulidad viene determinada por la ausencia o defecto de alguno de los requisitos personales, materiales o formales del matrimonio”*. El art. 73 CC recoge una serie de causas por las que se debe de considerar el matrimonio nulo; en él se agrupan bajo la denominación de “nulidad” las tradicionales categorías de inexistencia, nulidad y anulabilidad. Doctrinalmente se ha establecido el grupo al que pertenece cada una de las causas: en la inexistencia del matrimonio, se integran los casos de ausencia de consentimiento; en la nulidad, aquellos celebrados incumpliendo prohibiciones legales de los art. 46 y 47 (salvo dispensa del impedimento) y los celebrados sin intervención de Juez o de funcionario correspondiente, o de los testigos a que se refiere el CC; y, en la anulabilidad, se integran los casos de

error, coacción o miedo grave (art. 73.4º y 5º CC)²³. En nuestro supuesto, nos interesa la segunda causa recogida en el precepto citado: “*el matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48*”. Del mismo podemos entender que no debemos olvidarnos de la posible convalidación por dispensa ulterior de los impedimentos dirimentes, de acuerdo con el art. 48 *in fine*, reconociendo eficacia al matrimonio desde su celebración si no se hubiese instado su nulidad por alguna de las partes —esta posibilidad podría fundamentarse en el principio de conservación del matrimonio, como proyección efectiva del valor constitucional de proyección jurídica de la familia (art. 39 CE)—; aunque hay que tener en cuenta que esta dispensa siempre debe ser anterior al ejercicio de la acción de nulidad.

Por consiguiente, vemos como un matrimonio entre parientes colaterales consanguíneos en el tercer grado si no se ha solicitado la dispensa antes de dicha celebración o posterior a la misma, hay que considerarlo como un matrimonio nulo en el que nunca existió legalmente una unión matrimonial por no darse uno de los requisitos que se exige por el Código civil. Así, como legalmente no hay matrimonio entre Felipe y Leticia (por ser sobrino y tía, y además, no haber dispensa), si quieren disolver dicha unión constituida entre ambos, no deben de solicitar el divorcio (ya que legalmente no existe un matrimonio del que los cónyuges se puedan divorciar) sino que se tiene que ejercitar una acción de nulidad matrimonial para que el Juez lleve a cabo una declaración de nulidad que destruya la apariencia de vínculo matrimonial. La legitimación activa de esta acción está limitada ya que solo tienen derecho a interponerla los cónyuges, el Ministerio Fiscal (por la misión de promover la acción de justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público) y cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella (hay que mantener un concepto amplio de interés que puede ser personal, económico o moral y que debe de ponerse en relación con la causa de nulidad invocada. Por ejemplo, una relación de parentesco próximo sería suficiente en el impedimento de consanguinidad)²⁴, salvo excepciones: casos de matrimonio con vicios en el consentimiento y en el que se hubiere padecido error, coacción o miedo grave (art. 75 CC). Respecto a la legitimación pasiva, evidentemente, la acción debe de ejercitarse contra el otro cónyuge que aparece ligado por el vínculo objeto de impugnación (salvo que la acción se ejercitase por el Ministerio Fiscal o por terceros interesados, ya que debería de dirigirse la demanda contra ambos cónyuges). En alusión a la legitimación activa y pasiva de los cónyuges en el ejercicio de la acción de nulidad, la AP de Castellón en el Auto 216/2003, de 15 de julio (AC 2003\1094) decretó que los cónyuges que se habían divorciado antes de instar la acción de nulidad no tenían ni legitimidad activa uno ni pasiva el otro porque carecían de la cualidad de cónyuges y que, además, no podrían hacerlo por medio de la condición de “cualquier persona que tenga interés directo y legítimo” porque “*cuando se dice «cualquier persona», se está refiriendo a un tercero cuya relación jurídica puede verse afectada por la existencia de la relación matrimonial, pero no a los sujetos que han intervenido directamente en el contrato*”. En nuestro caso, como todavía son “cónyuges”, cualquiera de ellos tiene legitimación activa para iniciar un procedimiento de nulidad contra el otro; por lo que Leticia podría ejercitar la acción de nulidad contra Felipe.

En referencia a la caducidad de dicha acción, ni el texto de la Ley ni la jurisprudencia han clarificado la cuestión de la prescripción y la caducidad en el ejercicio de las acciones de nulidad. El mismo Auto 216/2003 menciona la solución que se ha dado por determinadas posiciones doctrinales distinguiendo los diferentes casos de nulidad: “*nulidad por inexistencia (matrimonios sin consentimiento), nulidad por*

²³ GAVILÁN LÓPEZ, J.: *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p.147

²⁴ PEREZ MARTIN, A.J.: *Derecho de familia. Nulidad matrimonial civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp.101-102.

bigamia y por impedimentos no dispensables, en estos supuestos la acción debe de ser imprescriptible, y nulidad por impedimento dispensable, en la que debe de admitirse la prescripción de la acción". Por tanto, nos encontramos con dos grupos: por una parte, el de la nulidad por inexistencia (matrimonio sin consentimiento, simulación, identidad de sexo, o falta absoluta de la forma de celebración), nulidad por bigamia y por impedimento dispensable; y, por otra parte, el de la nulidad por impedimento dispensable. En el primer grupo la acción es imprescriptible ya que se ejercita una acción de estado pero en el segundo, parece que debe admitirse la prescripción de la acción siendo el problema determinar el plazo. En este sentido, también se pronuncia el Auto de la AP de Castellón citado anteriormente, al disponer lo siguiente: *"hay autores que señalan como criterio razonable, el plazo de cuatro años para los vicios del consentimiento y quince para los supuestos de nulidad absoluta. Resulta pues concordante esta postura con la doctrina del Tribunal Supremo referida a la nulidad de los contratos, ponderando el plazo de cuatro años para los vicios del consentimiento (art. 1301 del CC) o en su caso el general de quince años"*. En el caso del matrimonio entre Felipe y Leticia, nos encontramos con la *"nulidad por impedimento dispensable"* —ya que como hemos dicho anteriormente el impedimento de matrimonio por parientes colaterales hasta el tercer grado se puede dispensar por el Juez— por lo que la acción de nulidad que se debe ejercitar tendrá plazo de caducidad. Como no se trata de vicios en el consentimiento, se aplicará el plazo general de quince años de la nulidad absoluta. En consecuencia, ese será el plazo que tenga Leticia para ejercitar acción de nulidad, y como Felipe y ella contrajeron matrimonio el 25 de mayo de 2015, todavía estaría dentro de dicho período.

Esta declaración de nulidad del matrimonio produce la constancia de que dicho matrimonio ha sido y es ineficaz, que no ha producido efectos (salvo los que se dirán a continuación) ni los va a producir. Por eso, están previstas una serie de consecuencias y efectos que se derivan de la declaración de nulidad. Hay que decir que estos efectos se rigen por el principio de retroactividad y por tanto, hay que destruir todos los que se hubiesen producido desde la celebración del matrimonio —ya que la consecuencia de dicha declaración es que se tenga el matrimonio por no celebrado—. Los efectos van a ser los mismos cualquiera que sea la causa de nulidad que se haya ejercitado y la forma en que se contrajo el matrimonio. Sin embargo, debido a que la estricta aplicación de este principio provocaría graves consecuencias en los cónyuges y los hijos, el art. 79 CC introduce una excepción *"La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume"*. Asimismo, el legislador a través de este artículo introduce la figura, procedente del Derecho Canónico, del **matrimonio putativo**: aquel matrimonio contraído de buena fe por los cónyuges (es decir, los cónyuges creían en la validez del matrimonio) pero que es nulo por concurrir alguna de las causas previstas en la ley. Como bien refleja su nombre, se reputa por matrimonio válido en cuanto al mantenimiento de alguno de los efectos producidos, pese a que se declarase que el matrimonio en sí no lo era. En consecuencia, estaríamos ante un matrimonio nulo al que la ley concede el beneficio de los efectos civiles producidos con anterioridad a la declaración de nulidad respecto del cónyuge o cónyuges de buena fe y siempre respecto a los hijos (en este caso, sería independiente a que los contrayentes actuaran de mala fe). Esto implica que la nulidad matrimonial se considere como una causa más de disolución del matrimonio teniendo las mismas consecuencias que en el caso de muerte de uno de los cónyuges o de divorcio; pero únicamente si ambos cónyuges actuaron de buena fe, ya que se mantiene un trato diferenciado entre si actuaron de mala o buena fe²⁵. Para hablar de matrimonio putativo y que se mantengan los efectos respecto del o de los contrayentes de buena fe, se tienen que dar una serie de presupuestos. En primer lugar, debe de ser un matrimonio aparente o de hecho, mínimamente celebrado (no una simple convivencia más o menos duradera). Ello implica la intervención de un Juez o funcionario y testigos, y la subsiguiente inscripción en el Registro civil, que es lo que le concede los plenos efectos

²⁵ PEREZ MARTIN, A.J.: *Derecho de familia. Nulidad matrimonial civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de Familia*, op.cit., p.74.

que con esta figura se dejarán a salvo tras su anulación. En segundo lugar, el matrimonio debe de haberse declarado nulo por sentencia judicial firme; en este sentido, el TS en la Sentencia de 13 de mayo de 1983 (RJ 1983\2819) dice que la aplicación del art. 79 CC se refiere a un matrimonio nulo, no inexistente. Y en tercer lugar, se exige buena fe de uno o ambos cónyuges. Al menos uno de ellos debía ignorar al contraer matrimonio la causa de nulidad existente, o no tener voluntad consciente de contraer un matrimonio nulo²⁶. No obstante, hay que tener en cuenta que la buena fe se presume (aunque ello no impide su destrucción por prueba en contrario) y que esta consiste en la ignorancia de la causa de nulidad del matrimonio ya celebrado debiendo de existir en el momento de la celebración. En concreto, la SAP de Madrid, de 8 de abril de 1997 (AC 1997\688) establece que la buena fe *“es la voluntad y creencia fundada de haber otorgado el consentimiento nupcial bajo los condicionantes de fondo y forma necesarios para la válida constitución del vínculo matrimonial”*.

Así nos encontramos con tres supuestos referentes a los efectos que se van a producir por el matrimonio que conlleva la nulidad matrimonial por no cumplirse los requisitos previstos legalmente: el matrimonio contraído de buena fe por ambos cónyuges, por el que se producirán efectos civiles respecto a ambos y respecto a los hijos; el matrimonio contraído de buena fe pero únicamente por uno de los cónyuges, que solo producirá efectos civiles respecto al mismo cónyuge (de buena fe) y respecto a los hijos²⁷; y el matrimonio contraído de mala fe por ambos cónyuges, que solo tendrá efectos respecto de los hijos. Los dos primeros tipos de matrimonio son los que se denominaban anteriormente como “matrimonio putativo” (en caso de que se cumplan los requisitos pertinentes) ya que debe de existir buena fe para que sea así considerado.

A continuación, analizaremos los efectos que la sentencia firme de nulidad va a producir en las relaciones personales y patrimoniales. Estos efectos se producen *ex tunc*: es decir, desde el momento de celebración del matrimonio. Respecto a las relaciones personales de los cónyuges, la sentencia de nulidad implica que el matrimonio no ha existido nunca y, en consecuencia, los cónyuges tendrán el estado civil que ostentaban al tiempo de su celebración. Las relaciones paterno-filiales, como hemos dicho, no se van a ver afectadas en ningún momento por la sentencia de nulidad matrimonial por lo que los padres deberán de seguir cumpliendo sus obligaciones referentes a la patria potestad (art. 92.1 CC). Y respecto a las relaciones patrimoniales, en los bienes del matrimonio se producirá la disolución del régimen económico matrimonial (art. 95 CC, con algunos efectos específicos para el caso de declare mala fe de uno de los cónyuges) y por tanto, concluirá la sociedad de gananciales (art. 1392.2º CC, con un régimen especial previsto en el art. 1395 CC para el caso de mala fe de uno de los cónyuges). Además, se establece para el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo el *“derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal”* (art. 98 CC), que tendrá que satisfacer el contrayente de mala fe. Sin embargo, la STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2014) señala que *“si la buena fe es de ambos, ninguno de ellos podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las repetidas prestaciones”*, por lo que no existiría para ninguno de los cónyuges derecho a una indemnización en caso de que ambos actuasen de buena fe (solo se prevé para cuando uno de ellos actual de buena fe y el otro de mala fe).

²⁶ MORENO QUESADA, B.: “La nulidad del matrimonio”, en AAVV, *Curso de Derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones* (SÁNCHEZ CALERO, F.J., Coord.), *op.cit.*, pp. 94-95.

²⁷ La propia STS de 13 de mayo de 1983 así lo establece *“el matrimonio nulo contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá todos sus efectos civiles mientras subsista, y la legitimidad de los hijos, así como que el contraído de buena fe por uno de ellos lo producirá solamente respecto del cónyuge inocente y de sus hijos, y que la buena fe se presumirá siempre, al no probarse lo contrario”* haciendo referencia a la antigua ley del matrimonio civil (art. 94-96).

Como la buena fe se presume (art. 79 CC), entenderemos que el matrimonio nulo entre Felipe y Leticia se contrajo de buena fe por ambos cónyuges al no tener conocimiento del impedimento de dicho matrimonio ni de la posibilidad de dispensa del mismo. Podemos entender también que se trata de un matrimonio putativo ya que encaja en la definición del mismo y se dan los requisitos exigidos: se trata de un matrimonio nulo (ya que son parientes colaterales consanguíneos en tercer grado, y es un impedimento de matrimonio regulado por el CC a no ser que se dispense el mismo) pero en el que existía una apariencia de matrimonio ya fuese por la apariencia externa o porque reunía los requisitos mínimos formales (fue celebrado ante Juez o funcionario público con la subsiguiente inscripción en el Registro civil; en concreto, se celebró en el ayuntamiento y ante la alcaldesa de Barcelona) y hubo buena fe por ambos cónyuges (aunque sería suficiente que fuese en uno de ellos). Esto implicará que en caso de que Leticia ejercite la acción de nulidad respecto a su matrimonio con Felipe, por disposición el citado art. 79 CC, la consiguiente declaración de nulidad del mismo no invalidará los efectos ya producidos respecto de los contrayentes de buena fe (que en este caso son ambos) y de los hijos. Por ello, los efectos de la nulidad serán comunes a los del divorcio y la separación.

En conclusión, Leticia podría solicitar el divorcio si entendiésemos que el Juez les concedió la dispensa del impedimento del matrimonio, y que por tanto, hay un matrimonio válido. En este caso, como hablamos de matrimonio consolidado de manera efectiva, para poder disolverlo Leticia debería de ejercitar la *acción de divorcio* —que en el caso de Leticia, aunque ya hubieran transcurrido los tres meses tras la celebración referentes a la regla general y no nos incumba el plazo, no existiría límite temporal para la interposición de la demanda ya que podría acreditar la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante, como consecuencia de los malos tratos recibidos por Felipe—. Sin embargo, como entendemos que ambos cónyuges no conocían dicho impedimento y se casaron sin solicitar la dispensa ni anterior ni posterior al matrimonio, hay que entender que se trata de un matrimonio nulo y que como no hay un matrimonio válido consolidado, Leticia debería de ejercitar una *acción de nulidad matrimonial* (a la que hicimos referencia anteriormente). De modo que al presumir que ambos cónyuges actuaron de buena fe, hablaremos de un matrimonio putativo siendo coincidentes los efectos que se van derivar tanto en caso de divorcio como de nulidad matrimonial.

B. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.

En este apartado, haremos referencia a la atribución de la guarda y custodia de los menores como consecuencia de los procesos relativos a las crisis matrimoniales, ya que ello estará relacionado con las siguientes cuestiones que se nos plantean en el caso práctico relativas a los efectos comunes derivados del divorcio, separación y nulidad matrimonial: la pensión de alimentos a los hijos y la atribución del uso de la vivienda. El art. 92 CC en su primer apartado establece que “*la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*” y, a continuación, en el cuarto que “*podrá también acordarse (en la sentencia), cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos*”. Por otra parte, del art. 156 CC se puede desprender la distinción entre la titularidad de la patria potestad y el ejercicio de la misma; y de los artículos 159 y 90 CC se deduce que, en principio, se debe de estar a lo que decidan los progenitores de común acuerdo respecto al ejercicio de la patria potestad, debiendo el juez de aprobarlo en cuanto no estime que el mismo pueda ser dañoso para los hijos. A falta de este acuerdo, o si no se aprueba, ha de entrar en juego la decisión judicial (que no podrá ser calificada nunca de incongruente). Esta decisión sobre la guarda y custodia, si se le atribuye a uno de los progenitores no va a comportar para el otro la privación de la titularidad de la patria potestad, aunque sí supondrá la atribución al que se le confie la misma. Pues bien, las opciones de

decisión que tiene el juez son cuatro: por una parte, si se mantiene la patria potestad de los dos progenitores, que se le atribuya el ejercicio de la misma a los dos de modo compartido, que se le atribuya a uno de los padres o que se le atribuya a un tercero (admitida en el art. 103.1º CC, aunque se considera excepcional); o, por otra parte, que se le prive de la patria potestad a uno o a los dos padres (esta solo será consecuencia de una decisión impuesta por el juez). Sin embargo, estos dos últimos casos se dan con menor frecuencia por lo que haremos referencia a los dos primeros.

Respecto a la custodia compartida, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2008 pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto al ejercicio de la patria potestad. Para ello, se prevé expresamente que pueda acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. En este sentido, el art. 92.5º CC establece que *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos llegue a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”*. Además, en el octavo apartado continúa estableciendo que *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*. Por tanto, la custodia compartida se trata de una situación legal mediante la que, tras la pertinente separación, divorcio o nulidad matrimonial, ambos progenitores serán los que ejerzan la custodia legal de sus hijos menores de edad, de manera que estén en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos —ejerciendo sus obligaciones y deberes derivados de la patria potestad de idéntico modo—. Aunque también hay casos en los que se deniega porque sea poco aconsejable, que no sea adecuada o que haya una denegación de los repartos de tiempo.

Y, por otra parte, respecto a la custodia monoparental, fue la Ley 30/1981 la que alteró sustancialmente el criterio determinante de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en caso de crisis matrimonial, ya que incluyó como criterios determinantes el interés de los hijos y el mantenimiento de la unidad familiar dentro de lo posible, procurando no separar a los hermanos. En este sentido, respecto al beneficio de los hijos, la LO 1/1996, de 15 de enero, establece que *“primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*, que es el criterio que asume el art. 92.2º CC cuando dice que *“las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos”*. Por tanto, lo que se consagra aquí es lo que denominaremos *“favor filii”*. Pues bien, vemos que la custodia monoparental o exclusiva se da cuando el ejercicio de la patria potestad recae sobre uno de los progenitores, teniendo el otro derecho a que se estipule un régimen de visitas para que pueda pasar tiempo con sus hijos igualmente, aunque quien se encargará de velar y decidir sobre cuestiones cotidianas respecto a los hijos será el progenitor custodio. Hay que tener en cuenta que será el Juez quien decida a quién se le va a atribuir la custodia exclusiva, debiendo de otorgársela a aquél que ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, familiares, ambientales y culturales²⁸.

Tras hacer referencia a los dos tipos de custodia que puede haber en un proceso tras darse una crisis matrimonial, hablaremos de lo que mayormente nos interesa: la prohibición de la atribución de la custodia compartida en los casos de violencia de género. En este sentido, el art. 92.7º CC establece que *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad*

²⁸ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio”, en AAVV, *Manual de Derecho civil. Derecho de familia* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.), *op.cit.*, p.108.

sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica²⁹". Y, lógicamente, como indica la Circular FGE 6/2011, de 2 noviembre, *"aunque el CC haga referencia sólo a la custodia compartida, tampoco procederá otorgar la guarda y custodia individual al encausado"*. En este sentido, hay que hacer referencia a una sentencia reciente dictada por el TS que ha tenido bastante relevancia: la STS 36/2016, de 4 de febrero (RJ 2016\260). La misma establece como premisa de la custodia compartida *"la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad"*. El TS entiende como lógico que exista una cierta conflictividad entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, lo que es distinto a las relaciones que se ven tachadas por una condena derivada de un delito de violencia de género que va a apartar al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que imposibilitará el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus hijos. Además, hace referencia al art. 2 de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el cual exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno *"libre de violencia"* y que *"en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"*. Por tanto, vemos como debe prevalecer en todo momento el interés del menor para acordar la custodia compartida, que se vulnerará cuando uno de los progenitores lleve a cabo una conducta constitutiva de delito en el ámbito familiar.

C. ¿LES CORRESPONDE A ANTONIO Y A LUCÍA UNA PENSIÓN DE ALIMENTOS?

A continuación, se dará respuesta a la segunda de las preguntas que se nos plantean en esta cuestión: ¿le corresponden a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos? Ello, suponiendo que se lleve a cabo la acción de nulidad matrimonial o, en su caso, de divorcio (si se diera la situación para que pudiera ser posible). Pues bien, hay que hacer una distinción entre los dos menores (Antonio y Lucía) debido a que están en condiciones distintas, al no ser hijos de los mismos progenitores.

c.1. Posibilidad de una pensión de alimentos a favor de ANTONIO.

En el caso de Antonio, si la adopción realizada por Felipe fuese válida estaría en la misma situación que Lucía (hija biológica de ambos cónyuges); sin embargo, por las razones dadas en la segunda cuestión de este caso, podemos observar que la adopción realizada por Felipe a Antonio no fue válida. Por tanto, veremos cuáles son las consecuencias de la ineficacia de una adopción. Realmente, ni en el Código civil, normas procesales o normas autonómicas existen preceptos que aludan expresamente o regulen la nulidad del vínculo filial. Técnicamente, lo correcto es hablar de nulidad del auto que constituye la adopción y de los remedios procesales contra el mismo (y no de nulidad de la adopción en el sentido de decretar la nulidad de la filiación adoptiva creada por el auto judicial tras su firmeza en un proceso autónomo)³⁰. La resolución judicial por la que se constituye la adopción será nula de pleno derecho cuando el Juez que tramita el expediente de adopción y dicta resolución carece de competencia o jurisdicción objetiva o

²⁹ En este sentido, la Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer establece que no basta con la existencia de mera denuncia y exige que en el procedimiento penal que active la aplicación del art. 92.7 CC se hayan objetivado indicios de criminalidad.

³⁰ ESPADA MALLORQUÍN, S.: "La adopción en derecho civil común", en AAVV, *Derecho de familia* (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., Coord.), *op.cit.*, p. 1803.

funcional; cuando el Juez que dicta la resolución está sometido a violencia o intimidación; cuando para dictar la resolución se haya prescindido absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por ley y que por su infracción han podido producir la indefensión; y, por último, cuando la adopción se constituye contraviniendo normas imperativas, si se incumplen los requisitos de edad de los adoptantes y la diferencia de edad con el adoptado, o si la adopción se constituye en contra de la voluntad manifestada por los sujetos que deben consentir o asentir la misma. Por tanto, como entre Felipe y Antonio no existe la diferencia de edad exigida por la ley hablaremos de una adopción nula de pleno derecho. Los efectos de la pertinente declaración de nulidad se retrotraen al momento de la constitución de la adopción, dejando la situación como si la adopción nunca hubiera existido. Así, respecto de los efectos materiales, la declaración de nulidad de la adopción comporta los mismos efectos que su extinción: la recuperación de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, la extinción de la patria potestad sobre el menor de edad no emancipado, la desaparición de los impedimentos matrimoniales derivados de la adopción, la desaparición del derecho a percibir alimentos entre el adoptado y la familia de adopción, y la extinción de los derechos sucesores recíprocos (salvo los ya causados hasta el momento). Y en cuanto a los efectos procesales, la declaración de nulidad supone la reposición de las actuaciones procesales al momento inmediatamente anterior al defecto que causó la nulidad —esto debe matizarse ya que si el defecto determinante de la nulidad fuese la omisión del asentimiento de los padres, se retrotraerá a ese momento procesal para que puedan prestar su consentimiento; pero si la causa de nulidad fuese la infracción de alguna de las prohibiciones de adoptar, no sería posible constituir dicha adopción (que es lo que ocurre en nuestro caso)—. En este sentido, la citada SAP de Barcelona, de 14 febrero de 2001 (AC 2002\405), decretó la nulidad de la adopción (no convalidable ni subsanable) por darse el incumplimiento del “*requisito sustantivo y esencial*” del adoptante que es tener como mínimo, catorce años más que la persona adoptada (actualmente, tras la reforma serían dieciséis años).

Como vemos, en el caso de Antonio, debido a que realmente no es hijo de Felipe (por haberse llevado a cabo una adopción nula de pleno derecho), no le va a corresponder una pensión de alimentos por parte del supuesto padre en caso de crisis matrimonial. Al respecto, la SAP de Valencia 435/2009, de 25 de junio (JUR 2010\72828) establece lo siguiente en un caso donde no constaba que el hijo de la actora lo fuese también del demandado: “*los alimentos a que se refiere el art. 93 del C.Civil son consecuencia directa e inmediata de la patria potestad, que tienen su origen en la filiación, hecho éste por el cual sólo cabe establecerlos a favor de los hijos. Por tanto, si el pequeño David, nacido el 17 de marzo de 2003, no consta sea hijo del demandado, no cabe establecer a cargo de aquél pensión alimenticia alguna*”. Por tanto, como los alimentos son consecuencia de la patria potestad, Antonio no tendrá derecho a dicha pensión por parte de Felipe ya que no existe una relación paterno-filial entre ellos (al retrotraerse la situación a la anterior de dicha adopción). Deberá de entenderse que, como establece la Sentencia citada, “*el contenido de la pensión alimenticia queda integrado por las partidas que se detallan en el art. 142 y que en orden a su cuantía ésta se fija conforme a los parámetros que establece el art. 146, esto es proporcional al caudal de quien los da y a las necesidades de quien lo recibe, lo que conforme al art. 147 CC produce la consecuencia de su variabilidad condicionada por las variaciones que pueden experimentar esos parámetros*”. Así, como es Leticia quien ejerce la patria potestad de Antonio será únicamente quien deba de cumplir los deberes del art. 154 CC, entre los que se encuentran la de alimentarlos, velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, administrar sus bienes y producirles una formación integral. Por tanto, hay que partir de la base de que la obligación de mantenimiento de los progenitores respecto de los hijos exige, lógicamente, que exista un vínculo de filiación legalmente

determinado entre aquellos, de manera que quien no tenga más que un solo vínculo de filiación, sólo podrá hacer valer sus derechos en una sola línea³¹.

c.2. Posibilidad de una pensión de alimentos a favor de LUCÍA.

El supuesto de Lucía es distinto ya que ella si que es hija (biológica) de ambos cónyuges y en caso de crisis matrimonial, habría que decidir quién se hace cargo de la guarda y custodia de la misma, debiendo además de percibir una pensión de alimentos en los casos que veremos más adelante, para no verse perjudicada por la crisis matrimonial en cuestión.

En el art. 39 CE se establece que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*; por tanto, en la propia Constitución se hace referencia al deber de asistencia “de todo orden” por parte de los padres a los hijos menores de edad. Por otra parte, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (aprobada de manera unánime por todos los Estados miembros de la ONU) recoge en su principio cuarto el derecho del niño a *“disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”*. Y, a nivel nacional, el art. 93 CC (que trataremos posteriormente) regula la obligación de que los progenitores contribuyan para satisfacer los alimentos y las necesidades económicas del menor, tratándose ello de uno de los deberes establecidos del art. 154 CC. Pues bien, en casos de crisis matrimoniales (que como vemos, no extinguen las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos) va a regir el principio *favor filii*; es decir, en beneficio e interés superior de los hijos que son, en definitiva, los protagonistas y principales afectados en las crisis matrimoniales.

Fue la Ley 30/1981, de 7 de julio, la que dio al art. 93 CC el contenido que tiene en la actualidad el primer apartado, referido a los alimentos de los hijos menores de edad —aquellos que siguen bajo la patria potestad de sus padres, aunque se haya confiado su guarda y custodia únicamente a uno de ellos o a un tercero—. Este precepto establece lo siguiente: *“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos de cada momento”*, tratándose de una concreción de lo establecido en el art. 92.1 CC (*“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”*). Se trata de un deber derivado de modo inmediato de la procreación y generación, siendo uno de los ineludibles de la patria potestad; que además, mientras el hijo sea menor de edad, la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación³² (incluso cuando a los padres se les haya privado de la patria potestad, como hemos visto).

Y bien, ¿cuáles son las diversas manifestaciones respecto a este hecho? En primer lugar, el juez debe decretar los alimentos para los hijos “en todo caso”; lo que quiere decir que lo debe de hacer aunque no se hayan pedido expresamente (SAP Valencia de 10 abril de 1992, AC 1992\524), aunque si el Ministerio fiscal está actuando en nombre de los menores debería de formular siempre la petición. Por ejemplo, la SAP Granada de 17 octubre de 1994 (AC 1994\1768) hace referencia a esto cuando dice que *“tratándose de una medida ius cogens no es necesario que se pida expresamente por quien se quede con la custodia de los hijos, debiendo ser establecida siempre en interés de los hijos. Por eso, resulta indiferente que la*

³¹ VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Comares, Granada, 2005, pp.75-76.

³² ÁLVAREZ ALARCÓN, A./ BLANDINO GARRIDO, M.A./ SÁNCHEZ MARTÍN, P.: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 260.

esposa haya silenciado en su contestación a la demanda cualquier petición sobre los alimentos para la única hija habida en el matrimonio (...)". Por lo tanto, vemos como la postura judicial debe de estar orientada por el interés o el beneficio de los hijos, dando vigencia al principio de *favor filii*. De esta manera, se atenderá a la protección y a la asistencia de los menores que se contemplan en los artículos 24 y 39 CE y en la Declaración de los Derechos del Niño, siendo el derecho de alimentos de los menores prevalente al de los padres (SAP Soria 94/2000 de 26 de mayo, AC 2000\1611). En segundo lugar, esa fijación de alimentos "en todo caso" implica que los mismos vienen impuestos por la ley y no dependen del requisito de acreditar su necesidad. No se trata de decir que los alimentos deben imponerse cuando no sean necesarios, sino que la fijación de los mismos parte del principio de que los progenitores están obligados a alimentar a los hijos y desde este principio, no se va a precisar prueba específica respecto a la necesidad de alimentos en cada caso. Es decir, que el mantenimiento de los hijos menores forma parte de las diversas obligaciones que existen desde el día que los individuos deciden ser padres. En este sentido, la SAP Madrid, de 22 de septiembre del 2000 (AC 2000\1763) establece que el citado precepto es "inehidable y condicional" y que *"en cualquier caso ha de presumirse, salvo prueba en contrario, que el menor carece de recursos propios para cubrir sus necesidades alimenticias por lo que si el ascendiente, en principio obligado a sufragar las mismas, sostiene en el curso del procedimiento la autonomía pecuniaria del alimentista, en orden de una exoneración parcial o total, habrá de aportar los medios probatorios que pueden refrendar tal aseveración"*. En tercer lugar, como se dijo anteriormente, el contenido de estos alimentos es mayor que el propio de los alimentos entre parientes, ya que no puede limitarse a lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, que es el contenido de los alimentos de los parientes según el art. 141.1 CC. Al respecto, se han pronunciado la SAP Barcelona, de 2 de noviembre del 2000 (JUR 2001\119419) haciendo referencia a lo establecido por el TS, cuando menciona que *"el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia y precisamente por incardinarse en la patria potestad derivado de la relación paternofilial (art. 110 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes (...)"* y la SAP Jaén 63/2000, de 9 febrero (AC 2001\2461) al establecer que *"el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad, como deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1 CC), presentan una marcada preferencia y no han de verse afectados por las limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes (STS 5-10-1993)"*. Y en cuarto lugar, como consecuencia de todo lo anterior, la cláusula de estabilización debe entenderse siempre puesta en la sentencia que impone los alimentos (incluso cuando no se haya pedido o no exista referencia a la misma en la sentencia). Asimismo, el art. 93. 1 CC no añade nada nuevo a la obligación derivada de la relación paterno filial, sino que se limita a recordar que las crisis matrimoniales no suponen la extinción ni la modificación de la obligación.

Respecto al mantenimiento de los hijos menores, lo que el art. 93.1 CC llama "alimentos" y refiere después a "prestaciones" y "circunstancias económicas" comprende todo lo que dentro del art. 154.2.2º CC tiene un contenido patrimonial. Este precepto incluye en las obligaciones de los padres el velar por los hijos, tenerlos en compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; por lo que, dentro de estos deberes, algunos tienen contenido económico, que es al que se refiere el art. 93 CC cuando habla de "alimentos" y que vamos a tratarlo como "mantenimiento" (por no ser solo una obligación alimenticia en sentido estricto). Asimismo, podemos decir que se entiende por alimentos, como mínimo, todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción del hijo menor de edad (en los términos del art. 142 CC), debiendo de añadir que el mantenimiento al que se refiere el art. 154.2.1º CC tiene que ser más de lo indispensable, ya que habrá de atender necesariamente a las posibilidades económicas de la familia, haciendo que el hijo menor no sufra consecuencias perjudiciales del hecho de la crisis matrimonial entre los padres.

Esta obligación de mantenimiento de los hijos menores recae sobre ambos progenitores, pues a los dos se refieren los deberes del art. 154.2.1º CC. Esto se desprende del art. 93.1 CC, ya que alude a la “*contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos*”, lo que implica que haya una pluralidad de obligados. A esto mismo hace referencia la SAP Guipúzcoa, de 12 de mayo de 1998 (AC 1998\7972) diciendo que la obligación de los alimentos “*afecta a ambos progenitores*”. En este sentido, no cabe que en el convenio regulador solo uno de los progenitores asuma en exclusiva la obligación alimenticia, quedando el otro excluido de ello³³. Pues bien, como los dos progenitores deben de contribuir a dicha obligación, ahora veremos que ocurre cuando la custodia es compartida o exclusiva tras darse una crisis matrimonial (divorcio, separación o nulidad del matrimonio). Si atendemos a nuestro caso, podemos deducir que estamos ante un supuesto de violencia en el ámbito familiar como consecuencia de los actos constitutivos de delito cometidos por Felipe. Por tanto, entenderemos que la custodia de Lucía solo podría ser exclusiva por parte de Leticia; y, para conocer si le corresponde a la menor una pensión de alimentos, habría que atender a dicha situación. No obstante, como no conocemos con total certeza si Felipe va a estar imputado en un proceso penal o dicha situación de malos tratos va a conocerse por parte del juez (y en consecuencia, como establece la ley, advierta indicios de ello) haremos referencia a las opciones que se nos darían en esta otra situación.

c.2.1. Si la custodia de la menor es compartida.

En caso de que la custodia fuese **compartida**, es normal pensar que no procede establecer una pensión de alimentos a favor de los hijos menores porque cada uno de los cónyuges va a tenerlos en su compañía la mitad del tiempo (aunque no sea así necesariamente), de manera que durante el período de convivencia con los mismos van a tener que hacerse cargo exclusivamente de los gastos de mantenimiento de los hijos. Por tanto, lo normal es que en esta modalidad de guarda y custodia de los hijos no se señale pensión de alimentos (ya que se hacen cargo en el tiempo que pasan con cada uno de los progenitores). De hecho, esta ha sido la decisión de muchos Tribunales ya que al pronunciarse sobre el establecimiento de una pensión de alimentos en la custodia compartida de los menores, el hecho de que fuese compartida llevaba implícito que cada progenitor, con ingresos propios, fuese el que atendiera los alimentos directamente cuando tuvieran a sus hijos consigo³⁴. Sin embargo, la Sala de lo Civil del TS dictó la Sentencia 55/2016, de fecha 11 febrero de 2016 (RJ 2016\249) por la que se establece que el sistema de custodia compartida de los hijos no exime del pago de una pensión de alimentos si existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges. En concreto, dicha sentencia establece textualmente que “*la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da. El Juzgado yerra y la Audiencia lo corrige cuando aquel limita temporalmente la percepción de alimentos a dos años, pues los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo*”. Si lo relacionamos con nuestro caso, vemos como hay una clara desproporción entre los ingresos de Felipe y los de Leticia, ya que esta última siempre tuvo una situación laboral inestable y dejó de trabajar porque Felipe, aprovechándose de esa situación, le dijo que podía mantener con su sueldo a ella y a su hijo. Por lo que tras el divorcio, separación o nulidad matrimonial Leticia no tendría suficientes ingresos (ya que solo gana el poco dinero del blog de moda que tiene) y aun

³³ La SAP Barcelona de 1 de diciembre de 1998 (AC 1998\8722) hace referencia a la obligación de ambos progenitores: “*en todo caso el Juez ha de determinar la contribución de cada progenitor, adoptando las medidas para asegurar la efectividad a las necesidades de los hijos en cada momento, si bien acomodándose a las circunstancias económicas de los obligados*”.

³⁴ Entre otras, véase la SAP Barcelona de 30 de marzo de 1998 (AC 1998\4031) o la SAP Málaga 420/2016, de 15 de junio (AC 2016\2314).

tendría que encontrar un trabajo que le proporcionara algo de estabilidad. Por lo que, en caso de que tuviera lugar la custodia compartida, como la progenitora no percibiría ningún salario (o sino, uno muy bajo) en ese momento o durante una temporada, Felipe debería hacerse cargo de una pensión de alimentos; ya que la cuantía de los mismos respecto a los hijos debe de ser proporcional al caudal de quien lo da, y en caso de custodia compartida, dicho pago deberá de hacerse en casos como este, donde hay una gran desproporción entre los ingresos de los cónyuges.

c.2.2. Si la custodia de la menor es exclusiva de uno de los progenitores.

Sin embargo, en nuestro caso como se trata de un supuesto de violencia de género ya que Felipe atentó contra la integridad física y la libertad de Leticia (y supondremos que el agresor estará involucrado en un proceso penal o que el juez advertirá indicios de los malos tratos), la custodia va a ser **exclusiva** de un progenitor; en este caso, como hemos dicho, de Leticia³⁵. No obstante, tanto Felipe como Leticia por ser los padres y titulares de la patria potestad de Lucía, van a tener la obligación de satisfacer, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos y contribución personal, los alimentos de su hija. Aunque no se trata de una obligación alimenticia en términos de técnica jurídica estricta, sí es una obligación mancomunada que, según el art. 145, debe repartirse entre los obligados en cantidad proporcional a su caudal respectivo³⁶. Por tanto, el hecho de que no se fije una cuantía a pagar por el progenitor que tiene la custodia, no significa que quede exonerado de la obligación ni que el hijo deba ser alimentado solo con lo que percibe de la pensión alimenticia.

Esta obligación de prestar alimentos recae tanto en el progenitor no custodio como en el que tiene atribuida la guarda del hijo, aunque es cierto que habitualmente en las sentencias y en los convenios reguladores no se hace mención expresa y cuantitativa de los alimentos que debe prestar el progenitor que asume la custodia del hijo; sin embargo, ello no quiere decir que el cónyuge custodio quede exonerado de la obligación de alimentos, ni que el hijo deba ser alimentado solo con lo que perciba de pensión alimenticia. Por el contrario, al cuantificarse la pensión de alimentos del hijo, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que afectan a ambos padres y al hijo, estableciéndose una proporción entre los ingresos de aquellos y las funciones que el progenitor custodio tiene que asumir, ya que es evidente que la custodia y convivencia del hijo suponen unos cuidados, gastos y desvelos que no se pueden cuantificar económicamente. Esta permanente dedicación al hijo se considera como una prestación de alimentos, ya que como dice la doctrina más autorizada, resultaría absurdo que en una sentencia se estableciese la obligación del progenitor custodia de pagarse a sí mismo una pensión alimenticia destinada al hijo que convive con éste, razón por la que cuando se deja la pensión alimenticia procede establecer una proporción entre los ingresos de ambos progenitores y lo que se estima necesario para atender a las necesidades del hijo³⁷. Al respecto, la SAP Alicante 605/2006, de 28 de diciembre (JUR 2008\140560) establece que “*sería absurdo que en una sentencia que se estableciese la obligación del progenitor que tiene la custodia de pagarse una pensión a sí mismo destinada al hijo que convive con él*”, ya que el art. 103.3º CC indica que el trabajo dedicado por el primero al cuidado de los hijos comunes debe de

³⁵ Como se ha mencionado anteriormente, el TS dispone que el progenitor condenado por malos tratos no podrá ostentar la custodia; por lo que Felipe no tendría derecho a ostentar la custodia ni compartida ni exclusiva. Solo tendrá derecho al régimen de visitas, estancias y comunicaciones designados por el Juez por disposición del art. 94 CC (“*El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*”).

³⁶ MONTERIO AROCA, J.: *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 93 del Código civil)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 59.

³⁷ ÁLVAREZ ALARCÓN, A./ BLANDINO GARRIDO, M.A./ SÁNCHEZ MARTÍN, P.: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, op. cit., pp. 267-268.

computarse como una contribución a los alimentos de éstos, lo cual guarda coherencia con la consideración de la formación integral de los hijos, a tenor de lo dispuesto en el art. 154 CC, como esencia de la obligación alimenticia de los padres³⁸. En la misma línea, la SAP Islas Baleares 167/2011, de 13 de mayo (JUR 2011\206655) establece que debe tenerse en cuenta que *“el progenitor que tiene a los menores bajo su guarda y custodia ya les presta, in natura, en forma de dedicación personal, atenciones del indicado tipo, que, si no susceptibles de cuantificación pecuniaria exacta, entiende esta Sala no pueden ser ignoradas”*, debiéndose de tomar en consideración a la hora de calcular lo pagos a cada uno de los padres. Por consiguiente, la obligación de satisfacer la deuda alimenticia no es una obligación exclusiva de uno de los progenitores, sino que corresponde a ambos su reparto, en la debida proporción a su caudal respectivo, según establece el art. 145 CC³⁹; aunque para ello, será necesario el análisis de la posición laboral y económica de los progenitores.

En la citada STS 36/2016, de 4 de febrero (RJ 2016\260) se estableció una pensión de alimentos única a cargo del progenitor no custodio a favor de sus hijos menores, y se atribuyeron los gastos extraordinarios a los dos progenitores por cantidades equitativas (50% cada uno). Asimismo, como en este caso, será el juez en la resolución correspondiente o en el acuerdo de las partes donde se fije de que manera van a contribuir también a los gastos extraordinarios. Por lo general, cuando concurren estos gastos se deben de satisfacer por ambos progenitores como establece la SAP de Barcelona 412/2009, de 11 de junio (JUR 2009\408657) —aunque resulta mas lógico que la aportación de dichos gastos se realice de manera proporcional a los ingresos de cada uno—. En la primera resolución se citaba en un lista qué gastos se consideran extraordinarios: *“los gastos médicos, ortopédicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, los derivados de estudios superiores, así como los propios a actividades extraescolares, estas últimas, consentidas por ambos progenitores”*. Por tanto, se trata de gastos que no son previsibles ni se producen con cierta periodicidad y que, además, no se computan como pensión alimenticia⁴⁰, pero que igualmente resultan necesarios.

c.3. Conclusiones.

Para concluir, haremos una distinción entre los dos menores. En el caso de **Antonio**, hemos visto como no le va a corresponder una pensión de alimentos. Esto es así debido a que la adopción realizada por Felipe fue nula de pleno derecho, lo que implica que los efectos se retrotraigan al momento de la constitución de la adopción, dejando la situación como si dicha adopción no hubiera existido. Por eso, el hecho de que se de la nulidad matrimonial (o el divorcio) por parte de la pareja conyugal no va a producir efectos respecto al menor. En este sentido, vimos que la SAP de Valencia 435/2009 establecía que los alimentos a los que se refiere el art. 93 CC eran consecuencia inmediata y directa de la patria potestad (de la que carece Felipe). Por tanto, será Leticia quien cumpla los deberes del art. 154 CC por ser quien la posee, sin que Felipe tenga que hacerse cargo de una pensión de alimentos a favor de Antonio. Por el contrario, **Lucía** es hija de ambos cónyuges y, por eso, las consecuencias referentes a los deberes que existen por ostentar la condición de progenitor serán distintas a las de Antonio. En este caso, hay que hacer referencia al art. 39 CE —que implica que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio— y al art. 93 CC —que establece que será el Juez quien, en todo caso, determine la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos de los hijos en

³⁸ PONS GONZÁLEZ, M./DEL ARCO TORRES, M.A.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico (teoría, praxis judicial y formularios)*, Comares, Granada, 2002, p. 721.

³⁹ En este sentido, véase la ya citada SAP Barcelona de 30 de marzo de 1998 (AC 1998\4031).

⁴⁰ ÁLVAREZ ALARCÓN, A./ BLANDINO GARRIDO, M.A./ SÁNCHEZ MARTÍN, P.: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio, op. cit.*, p. 265.

común—. Así vemos como esta obligación recae sobre ambos progenitores; por lo que para ver de que manera contribuirán, debemos de atender al tipo de custodia que tengan atribuida. Si la situación de malos tratos por parte de Felipe en el ámbito familiar no se llevara a los tribunales y no se tuviera constancia de ella, no se entendiera como una situación de violencia de género, y por eso, la custodia podría ser compartida⁴¹ ó exclusiva; sin embargo, entenderemos que lo normal y más lógico es que no sea así, estando Felipe involucrado en el respectivo proceso penal o el juez al tanto de dicha situación por observar indicios de la misma. Pues en este caso, la custodia solo podría ser exclusiva de Leticia y, aunque ambos progenitores deberían satisfacer los alimentos de Lucía (para cumplir sus deberes relativos a la patria potestad), sería Felipe quien tendría que hacerse cargo del pago de una pensión de alimentos periódica establecida por el Juez a favor de su hija. A diferencia de este, Leticia no tendría que hacerlo porque se entiende que como la menor está bajo su guarda ya se los presta en forma de dedicación personal y económica en lo restante. Por otra parte, hay que decir que a los gastos extraordinarios normalmente contribuirán los dos progenitores, aunque dependiendo de los ingresos que tengan cada uno.

IV. ¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSELE EL USO DE LA VIVIENDA (DONDE RESIDEN ACTUALMENTE, SITUADA EN LUGO)?

A. CONCEPTO Y REQUISITOS DE VIVIENDA FAMILIAR.

El ordenamiento jurídico español protege la vivienda familiar tanto en situación normal de matrimonio como en los estados de crisis (separación, divorcio y nulidad matrimonial). La terminología que utiliza el Código civil a lo largo de los diversos preceptos es diversa: vivienda habitual, vivienda familiar o vivienda donde tiene la residencia habitual. En todo caso, ningún texto legal da una definición de lo que es la vivienda familiar, por lo que ha sido la Jurisprudencia y la Doctrina quienes han ido concretando dicho concepto para que sea posible la aplicación de los distintos preceptos legales. La Jurisprudencia define a la vivienda familiar como *“un bien no patrimonial al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario”* (STS 1199/1994, de 31 de diciembre, RJ 1994\10330). En cuanto al tratamiento de la vivienda familiar, en los supuestos de separación, nulidad o divorcio, la misma sentencia del TS ha destacado su especial protección señalando que *“las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelar de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados”*. También la STS 212/1998, de 10 de marzo (RJ 1998\1272) considera la vivienda familiar como *“el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido...) y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y la educación de estos”*. Estas definiciones jurisprudenciales pretenden acercarnos a lo esencial del concepto de “vivienda familiar”, aunque tratando de concretar, en la Doctrina abundan las definiciones. Sin embargo, del conjunto de estas se puede concluir que ha de tratarse de un lugar susceptible de servir cobijo, destinado al alojamiento y que ha de ocuparse por la familia con habitualidad; además, dentro de la Jurisprudencia, se dispone que será *“aquella en la que los cónyuges*

⁴¹ En este caso, lo normal sería pensar que no se debe de establecer una pensión de alimentos a favor de los hijos menores porque ambos cónyuges van a tenerlos en su compañía la mitad del tiempo; sin embargo, tras la promulgación de la STS 55/2016 vemos como el sistema de custodia compartida de los hijos no va a eximir del pago de una pensión de alimentos cuando existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges; que, como hemos visto, sería el caso de Felipe y Leticia. Por lo que probablemente el primero tendría que hacerse cargo de una pensión de alimentos a favor de Lucía.

cumplen su deber de convivencia y de atención a los descendientes, y comparten las responsabilidades domésticas (art. 68 CC)” (SAP A Coruña 146/2009, de 16 de abril, JUR 2009\284114).

De las distintas definiciones que hemos podido observar hasta ahora, se pueden diferenciar, entre otros, los requisitos de habitabilidad y de habitualidad. Debe de tratarse de un espacio habitable, lo que quiere decir que debe ser susceptible y apto para ser habitado en condiciones adecuadas, pudiéndose conectar el término “habitabilidad” a las circunstancias concurrentes en cada caso. De igual modo, es preciso que el inmueble urbano habitable esté destinado habitualmente a la vivienda de la familia en el momento de suceder la ruptura convivencial. Por tanto, la vivienda objeto del pronunciamiento ha de constituir el domicilio familiar habitual: la que constituye el cobijo y alojamiento habitual del grupo familiar en el momento de la ruptura y la que cubre su necesidad de alojamiento. Sin embargo, puede suceder como en nuestro caso, que aun existiendo una vivienda familiar habitual (en Lugo, que se encuentra situada en la Avenida de A Coruña núm. 10, séptimo piso), existan dentro de la familia otras viviendas secundarias que estén inutilizadas o que sean de utilización esporádica o por temporadas (como las de Palma de Mallorca, Barcelona o algunas de las viviendas en las que han ido residiendo). Pues bien, respecto a estas se plantea la posibilidad de solicitarlo y que exista un pronunciamiento judicial sobre la atribución del uso de estas viviendas distintas de aquella que constituyó el domicilio familiar a favor de alguno de los cónyuges. Una corriente doctrinal interpreta en sentido estricto el art. 96 CC considerando domicilio familiar solo a la primera vivienda, y respecto de esta es sobre la que se debe hacer el pronunciamiento judicial en virtud de dicho artículo. Se argumenta que la única atribución del uso y disfrute que se hace en el art. 96 CC es el de vivienda familiar, y por eso el de la segunda vivienda es aspecto ajeno a las medidas necesarias de adopción que sigue al sobrevenir a la decisión sobre el estado civil (SAP Castellón 81/2007, de 4 de junio, JUR 2007\321635). Dicha sentencia hace referencia a lo razonado en la SAP Valencia de 12 de septiembre de 2000 con cita de la SAP de Valencia de 16 de enero de 1992 y de Barcelona de 8 de septiembre de 1997, estableciendo que *“no es posible determinar en un proceso matrimonial la utilización de una morada que no tenga la consideración de domicilio familiar, entendiendo por tal el lugar donde, de modo ordinario, se desarrolla la vida de la familia, tanto en las relaciones interpersonales como en las relaciones con terceros, por lo que el art. 96 CC no atribuye poder a los órganos judiciales para decidir sobre el uso de las segundas residencias al no afectar a los intereses familiares más necesitados de protección, (...) todo ello sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar los cónyuges o se determine judicialmente a través del proceso correspondiente”*. En este sentido, la citada SAP de A Coruña dispone que el art. 96 CC, regulador el uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, no podrá ser aplicado a otras viviendas de los cónyuges de naturaleza ganancial o privada que no tengan la expresada condición ni satisfagan los fines estrictos de convivencia familiar.

En conclusión, la vivienda situada en Lugo en la que la familia reside actualmente constituye la llamada “vivienda familiar”. Esto lo entendemos así, porque a pesar de las diversas viviendas en las que ha residido el grupo familiar, ésta es en la que los cónyuges cumplen su deber de convivencia y atención a los descendientes (Antonio y Lucía), compartiendo sus responsabilidades domésticas; dónde satisfacen sus necesidades primarias (descanso, aseo o alimentación); y además, es la vivienda que el matrimonio y sus hijos, durante su convivencia hasta la ruptura de la unidad familiar, han convertido por voluntad propia en su residencia personal y familiar y en la sede física de sus actividades sociales y económicas. Por otra parte, también cumple los requisitos de habitabilidad (ya que se trata de un piso de 135 metros cuadrados, habilitado para vivir en perfectas condiciones⁴²) y de habitualidad (ya que es donde llevan residiendo desde que contrajeron matrimonio y es la vivienda que cubre su necesidad de alojamiento y

⁴² La SAP Burgos 280/2006, de 30 de junio (JUR 2006\228603) dispone que una superficie de 100 metros cuadrados (con cocina, baño completo y aseo, salón-comedor, y dos habitaciones de 30 metros cuadrados) puede satisfacer de forma suficiente las necesidades de una madre y de sus tres hijos, que es lugar que el matrimonio utilizaba como vivienda familiar.

cobijo). Además, como vamos a seguir la doctrina jurisprudencial que aplica el art. 96 CC de manera estricta, no designaremos con el concepto de “vivienda familiar” al resto de viviendas donde el matrimonio ha residido temporalmente.

B. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Una vez definida la vivienda de Lugo donde residen actualmente como “vivienda familiar”, a continuación veremos a quien se le atribuye el uso de la misma. Para ello, hay que hacer referencia al art. 96 CC (*“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*) regulador de la atribución del uso de la vivienda familiar. Pues bien, como podemos extraer del mismo precepto, hay que atender a si hubo un acuerdo de las partes para la atribución del uso de la vivienda —que será el criterio principal— o si, por el contrario, dicha atribución es llevada por parte del juez (debido a la ausencia de dicho acuerdo).

b.1. Acuerdo de los cónyuges.

El acuerdo de los cónyuges es el primer criterio legal para la atribución del uso de la vivienda familiar (*“en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez...”*). La primera forma de este acuerdo es el convenio regulador dentro del proceso matrimonial de mutuo acuerdo, al que se refiere el art. 90 CC; debiendo de ser aprobado por la autoridad judicial para que no pueda ser perjudicial o dañoso para los hijos (por tanto, no es vinculante para el Juez). En este sentido, el art. 90 CC prevé que *“los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”*. Esta homologación judicial no debe limitarse a una revisión formal, sino que requiere una investigación y valoración íntegra sobre las circunstancias reales que presenta la familia. Hay diversas sentencias sobre esta temática: entre ellas, la SAP A Coruña, de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002\198111) que declaró nulas ciertas cláusulas de un convenio regulador —entre ellas: *“para el caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que este también tenga relación de pareja”* o *“el padre también obtendrá la custodia de sus hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de esta ciudad o no pueda pernoctar con sus hijas en esta ciudad”*— debido a que, según la resolución, esos pactos suponen un atentado contra la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad de uno de los cónyuges. Y la segunda forma del acuerdo es el que se pacta de forma privada, bien antes de que ocurra la crisis matrimonial a través de Capitulaciones Matrimoniales o Pactos Prematrimoniales, o bien después de que tenga lugar la crisis mediante Pactos o Convenios privados. La SAP Madrid 337/2006, de 20 de septiembre (AC 2006\1935) permite la posibilidad de estos acuerdos privados (*“los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial, en ejercicio de su autonomía privada, pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales”*) y los define como una *“manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia y la doctrina registral, que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante interpretada a la aprobación y homologación judicial”*; aunque hay que tener en cuenta que deben concurrir los elementos del art. 1261 CC (consentimiento, objeto y causa) y además, no deben traspasar los límites del art. 1255 CC (es decir, no deben ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público)⁴³.

⁴³ PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 51-54.

A falta de acuerdo entre los cónyuges, el uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.I CC); lo que quiere decir que la asignación del uso de la vivienda familiar presenta indudables conexiones con el régimen de custodia establecido tras la nulidad, separación o divorcio. Por lo tanto, será preciso analizar los diversos supuestos de custodia de los hijos por parte de los padres: puede ser que la custodia sea compartida o que, por el contrario, se le atribuya exclusivamente a uno de los cónyuges.

b.2. Atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, en defecto de acuerdo de los cónyuges.

b.2.1. Si la custodia es exclusiva de uno de los cónyuges.

Como se explicó anteriormente, al ser un caso de violencia de género, hay que atender al art. 92.7 CC (*“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”*). Esto implica, por tanto, que la custodia de los hijos menores de edad deba ser unilateral o exclusiva para uno de los cónyuges (en nuestro caso, como se ha anticipado, para Leticia); ya que aunque no se diga nada respecto a una futura denuncia por parte de Leticia que implique un proceso penal contra los actos constitutivos de delito de Felipe, si no se llevara a cabo, por el simple hecho de que el juez advirtiese la existencia de indicios de violencia doméstica, ya se debería aplicar dicho artículo impidiéndose la custodia conjunta. Saber si la custodia es conjunta o unilateral es de vital importancia ya que el criterio legal para la atribución de la vivienda familiar existiendo hijos menores de edad, deriva de la redacción del art. 96.I CC, al señalar que *“(en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez), el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*. En primer lugar, hay que decir que los hijos deben de ser comunes a ambos progenitores: en este sentido, en nuestro caso no tendremos problema porque aunque Antonio legalmente solo sea hijo de Leticia (dado que la adopción no fue válida), Lucia es hija de ambos, y esto implicará que quien se quede con la custodia de Lucia será a quien se le vaya a atribuir el uso de la vivienda. Para ello, se deberá atender al interés familiar más necesitado de protección (representado en los conflictos por el interés superior y beneficio del menor). Así, estos deberán de ser los puntos de referencia a partir de los que girarán las medidas judiciales a adoptar tras la ruptura conyugal; de hecho, la medida judicial de atribución del uso de la vivienda familiar habiendo hijos menores, como se trata de una cuestión de orden público, puede y deberá adoptarse de oficio por el órgano judicial, sin necesidad de sometimiento al principio rotatorio de las partes procesales (STC 1/2001, de 15 de enero, RTC 2001\1).

Como hemos dicho, el interés superior de los menores determina la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya guarda y custodia queden, ya que de esa manera continuará residiendo junto con el cónyuge custodio en el mismo entorno en que han vivido antes de la ruptura de pareja. Y dicha atribución implicará la necesaria salida del cónyuge no custodio, con la finalidad de permitir que desde ese momento cada uno de los cónyuges desarrolle su vida con independencia y separación del otro. Este es el criterio generalizado de la atribución (partiendo de una cuestión de orden público); sin embargo, la Doctrina nos plantea si la aplicación del art. 96.I CC es imperativa, de forma que necesariamente se le haya que atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos menores y al cónyuge en cuya compañía queden o si, por el contrario, podría atribuírsele al cónyuge que no tenga la guarda de los hijos. En este sentido, nos podemos plantear si el criterio de interés superior y más necesitado de protección a favor de

los hijos menores en referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar es una presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum* (admitiendo prueba de un interés más necesitado de protección). Si atendemos a la primera presunción (*iuris et de iure*), partiremos de que la Jurisprudencia entiende que la disposición contenida en el primer párrafo del art. 96 CC es de aplicación imperativa y obligatoria cuando existen en el matrimonio hijos menores (siendo una concreción del principio *favor filii*); es decir, que dicho precepto se pronuncia en términos taxativos cuando ordena, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, que la vivienda conyugal sea atribuida a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, sin que quepa llevar a cabo una valoración sobre quien es el más necesitado de protección y merece por eso, continuar en el uso y disfrute de la vivienda familiar. Se entiende así ya que el precepto considera que siempre el interés más digno de tutela es el de los hijos del matrimonio: en conclusión, el art. 96.I CC es de carácter imperativo y no autoriza que la vivienda quede en posesión del cónyuge que carece de la guarda y custodia. Diversas sentencias han apoyado esta tesis; entre ellas, nos encontramos la SAP Málaga 83/2005, de 1 de septiembre (JUR 2005\228944) al establecer que *“el mencionado precepto del CC, en la interpretación más extendida en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y en la doctrina científica, reviste un carácter imperativo que no permite su modulación ni autoriza que la vivienda quede en posición del cónyuge que carece de la guarda y custodia”*; la SAP Huelva, de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003\42200), la cual decretó que la aplicación del art. 96.I CC *“no es dispositiva, sino preceptiva”*; o la SAP Las Palmas 336/2004, de 11 de junio (JUR 2004\204100) que dispuso lo siguiente: *“Habiendo hijos comunes, el interés de éstos se convierte en el más necesitado de protección, e indeclinablemente han de beneficiarse de tal uso, favoreciendo también en dicha medida a aquél de los progenitores que los tenga en su compañía”*. Por otra parte, si atendemos a la segunda presunción (*iuris tantum*), se entiende que si apartamos la determinación del art. 96.I CC de la presunción legal, dicho párrafo no constituye un obstáculo para que el uso de la vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge apartado de los hijos, cuando atendidas las circunstancias, su interés resulte el más necesitado de protección. Es decir, se entiende que el uso de la vivienda familiar no es un criterio rígido sino una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario sobre la existencia de otros intereses que puedan entrar en conflicto con los presumidos —sin que ello signifique que se ponderen los intereses enfrentados, sino que se parte de una presunción legal pero que es posible enervarla—. Por ejemplo, estos casos se dan cuando el cónyuge custodio está usando otra vivienda distinta de la familiar que satisface el bienestar de los menores (STS 191/2011, de 29 de marzo, RJ 2011\3021)⁴⁴; o cuando el cónyuge no custodio carece de vivienda y se encuentra en una situación de auténtica desprotección o extrema necesidad por enfermedad, todo ello siempre que el cónyuge custodio cuente con medios para proveer de vivienda a los menores (aunque a veces, no resulte tan sencillo). Por último, cabe decir que gracias a que la Jurisprudencia abrió la posibilidad de ponderar la existencia de algún interés digno de protección, se ha promulgado la necesidad de reinterpretar el art. 96.I CC a las nuevas realidades sociológicas y por ello, existe una corriente doctrinal que se pregunta si no existe la posibilidad de permitir que el Juez proceda a ponderar todos los intereses concurrentes para decidir cuál de ellos es el más necesitado de protección y merece continuar en el uso y disfrute de la vivienda familiar. Se ha llegado a esto porque en la Doctrina se destacan las situaciones injustas a las que puede dar lugar una aplicación automática y estricta del art. 96.I CC, abogándose por una flexibilización de criterios. Algunos de ellos podrían ser la capacidad económica de cada progenitor, la titularidad dominical de la vivienda familiar o la situación laboral y personal de

⁴⁴ Esta sentencia del Tribunal Supremo, respecto a una situación en la que la madre (con la custodia del hijo) adquirió una nueva vivienda, establece lo siguiente: *“Cuando el hijo no precisa de vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio anterior para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia”*.

cada uno de los cónyuges o sus proyectos de cambio de domicilio⁴⁵. Respecto a las sentencias que apoyan esta otra tesis, entre otras, nos encontramos con la SAP Córdoba 254/2001, de 25 de octubre (JUR 2001\332453) al establecer que *“cuando el legislador afronta el problema de la atribución del uso de la vivienda familiar está pensando, como principio que debe inspirar los criterios de atribución en el interés familiar más necesitado de protección, como se desprende del art. 102.2º CC, lo que ocurre es que al abordar dicha medida en el art. 96 se presume que ese interés se halla en los hijos del matrimonio e, indirectamente, en el cónyuge en que se confía la guarda de estos, cuando todos los hijos se confían a un solo progenitor. Ahora bien, al descansar la determinación del art. 96.I en una presunción legal, no constituye, a juicio de la doctrina mayoritaria, tal párrafo un obstáculo para que el uso de la vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge apartado de los hijos, cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de los hijos, el más necesitado de protección”*; o con la ya citada SAP Baleares 251/2001, de 9 de abril (JUR 2001\180473) que dicta lo siguiente: *“(…) no constituye tal párrafo un obstáculo para que el uso de la vivienda familiar pueda ocasionalmente atribuírsela al cónyuge apartado de los hijos, cuando atendidas las circunstancias acreditadas en autos, su interés resulte, incluso en tiempo de minoría de edad de los hijos comunes, el más necesitado de protección”*. Por tanto, entendemos que el art. 96 CC tiene la finalidad primordial de asegurar el interés preferente del menor a seguir teniendo cubierta su necesidad de habitación (cumpliendo así el mandato de protección de los hijos dirigido a los poderes públicos contenido en el art. 39 CE) y, en su caso, el del otro consorte, cuando su interés sea el más necesitado de protección.

b.2.2. Si la custodia es compartida.

Hasta ahora hemos hablado de la atribución de la vivienda familiar cuando la custodia es exclusiva de uno de los cónyuges por entender que, debido a los actos constitutivos de delito en el ámbito familiar por parte de Felipe, va a ser de aplicación art. 92.7 CC. Sin embargo, no podemos cerrar la posibilidad de que la custodia sea compartida, debido a que no se nos especifica si Leticia va a denunciar a Felipe o si este va a estar incurso en un proceso penal; o en caso de que no sea así, si el Juez advertirá la existencia de indicios de violencia doméstica —que se entiende que será lo más lógico, pero lo analizaremos igualmente para no olvidar dicha opción—. Esta es una cuestión controvertida, dado que el legislador al modificar en 2005 el art. 92 CC abriendo la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de manera compartida a ambos progenitores, no introdujo ninguna medida que reflejara una forma de atribución en estos casos de la vivienda familiar. Aun así, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia admitieron dos tipos de sistemas de atribución de la vivienda en las hipótesis de custodia compartida. En primer lugar, el sistema de domicilio fijo (*“vivienda nido”*) en el que los menores permanecen continuamente en la vivienda familiar, siendo los padres los que alternativamente la ocupan para la guarda de estos. Caben dos posibilidades de atribución: la atribución del uso de la vivienda alternativo a ambos cónyuges (cada uno en cada período de custodia)⁴⁶ o la atribución del uso de la vivienda a los hijos y a ninguno de los cónyuges⁴⁷. Sin embargo, como señala la Doctrina, esta opción de *“vivienda nido”* no siempre va a ser posible ya que se precisa la existencia y el mantenimiento de tres domicilios; por tanto, será complicado

⁴⁵ PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar*, op.cit, pp.57-66.

⁴⁶ Por ejemplo, la SAP Baleares 251/2007, de 31 de mayo (JUR 2007\286909) atribuye la custodia a los hijos comunes de manera compartida por periodos de un año y el uso de la vivienda familiar a la madre durante el plazo de un año a contar desde la fecha de resolución y si, transcurrido este tiempo no se hubiera extinguido en cualquier forma el condominio del inmueble, sería entonces el padre quien residiera en la indicada vivienda alternativa y sucesivamente hasta que se proceda a la extinción de la copropiedad de la vivienda.

⁴⁷ En este sentido, la SAP Madrid 268/2010, de 3 de marzo (JUR 2010\166007) estima que *“quedará el uso de la vivienda familiar para los hijos y se aprovechará de ello el progenitor al que se le confie su cuidado, evitándose así que la prole inicie tras la separación de sus padres una peregrinación domiciliaria”*.

desde un punto de vista económico (porque debe de haber una vivienda común y dos particulares) y desde un punto de vista práctico (porque los progenitores pueden haber constituido otro núcleo familiar que no pueden descuidar)⁴⁸. Y en segundo lugar, el sistema de domicilio rotatorio, que conlleva otras dos posibilidades. La primera, consiste en la atribución del domicilio familiar a uno de los progenitores con exclusión del otro, que posee otra vivienda. En este sentido, el Juez para tomar la decisión de atribución de la vivienda familiar, tendrá que acudir, según la mayoría de la Jurisprudencia, al “interés más necesitado de protección” ponderando una serie de criterios; es decir, se ha de tomar en consideración de cada caso lo que sea más beneficioso para los hijos. Al respecto, como ejemplo, la SAP Granada 566/2009, de 27 de noviembre (JUR 2010\43564) atribuye la vivienda familiar a la esposa *“por razón de tener la custodia del hijo en la semana que le corresponda y por ser su interés el más necesitado de protección en aquellos periodos que no lo tenga, dados sus recursos económicos, cuanto más que cualquier otra solución abocaría a que el menor no tuviera satisfecha esta necesidad primordial cuando la custodia corresponda a la progenitora”*. Y la segunda posibilidad consiste en la no atribución del uso de la vivienda familiar ni a ninguno de los cónyuges ni a los hijos, quedando aquella como “nido vacío” mientras los menores rotan en los domicilios respectivos de los progenitores; en este sentido, como ejemplo de esta corriente, la SAP Baleares 291/2005, de 29 de junio (JUR 2005\190190) no atribuye la vivienda a ninguno de los progenitores, al entender que lo más conveniente es que se lleve a efecto el pacto privado suscrito entre las partes para la venta de la vivienda, añadiendo que *“no es convierte la atribución de uso alternada a ninguno de los dos progenitores custodios porque ello constituiría una fuente continuada de problemas entre los progenitores y lo que se pretende por la Sala es precisamente evitar las ocasiones en que los mismos pudieran producirse”*.

b.3. Caso especial: violencia de género.

Además, como hemos dicho, hay que tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda que nuestro caso se trata de un supuesto de violencia de género y que, probablemente, se vaya a llevar a cabo un proceso judicial en contra de Felipe por cometer tales actos constitutivos de delito. Como la violencia de género ha sido un problema con bastante relevancia en los últimos años, los poderes públicos se han visto obligados a proteger los derechos de estas personas que sufren violencia de género. Para ello, se han promulgado algunas leyes que protegen a las mujeres víctimas de violencia de género: entre ellas, cabe destacar la Ley 27/2003 reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y la Ley Orgánica, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Pues bien, el art. 2 de la Ley 27/2003 añadió un nuevo artículo a la LECrim (el art. 544 *ter*), por el cual en la orden de protección para las víctimas de violencia de género van a poder acordarse medidas civiles como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar (acordado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer). Es decir, se trata de una atribución de uso provisional a favor de la víctima, encajando perfectamente en los criterios determinados por el art. 96.3 CC en cuanto la víctima es la parte más necesitada de protección⁴⁹.

Asimismo, cuando estamos ante un caso de violencia de género en el que existen hijos matrimoniales y no se llegó a un acuerdo entre los cónyuges respecto al uso de la vivienda familiar, se puede aplicar el art. 96.1 CC y atribuir el uso de la vivienda familiar a la mujer y a los hijos. Por ejemplo, la SJVM núm. 6 de Santa Coloma de Gramenet (Barcelona), de 18 de marzo de 2014 (JUR 2014\190574) lo reafirma ya que

⁴⁸ Esto se reafirma por diversas sentencias, entre ellas, en la SAP Barcelona 696/2006, de 20 diciembre (JUR 2007\143259) se revoca una Sentencia que establecía la custodia compartida anual en el mismo domicilio, siendo los progenitores quienes se alternaban en el derecho de uso, pues el sistema resulta “gravemente perjudicial para la menor.

⁴⁹ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013, pp. 161-162.

se le atribuye a los hijos y a la madre la vivienda que constituyó el domicilio familiar. Esto se debe a que la normativa reguladora protectora contra la violencia de género se basa en el principio general de protección de las víctimas de violencia de género, que son la mujer y los hijos, y uno de los principios conforme a los cuales se atribuye el uso de la vivienda familiar es la protección de los hijos. Por tanto, ¿a qué conclusión podemos llegar? Mire por donde se mire, tanto si se sigue el criterio de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio (que en casos de violencia de género siempre será la víctima) como el de la protección de las víctimas de violencia de género, dicha atribución va a recaer sobre los menores y el cónyuge víctima de la misma. Por tanto, en ambos casos el juez debe buscar el interés de los menores y el más necesitado de protección y, como regla general, el uso de la vivienda familiar se atribuirá a la víctima de la violencia de género y a los hijos menores⁵⁰.

C. DONACIÓN POR RAZÓN DEL MATRIMONIO (REGALO DE BODAS).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que dicha vivienda se trataba de un regalo de boda, que como lo ha considerado la jurisprudencia tiene consideración de donación en virtud de lo establecido en el art. 1336 CC: *“Son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos”*. Por ejemplo, la STS 15/2004, de 30 de enero (RJ 2004\438) declara que *“Tales regalos constituyen donaciones por razón de matrimonio de acuerdo con el concepto que de las mismas da el art. 1336 del Código Civil, donaciones que por realizarse ‘antes de celebrarse’ el matrimonio, nunca pueden calificarse como bienes gananciales (arts. 1344 y 1345 del Código Civil)”*. Pues bien, partiendo de esta base y de que estamos ante un matrimonio nulo (por darse uno de los impedimentos matrimoniales sin solicitud de dispensa), podemos establecer que la vivienda familiar se trata de una donación por razón de matrimonio otorgada por tercero. En estas, por disposición del art. 1343 CC, es causa de revocación por incumplimiento de cargas la anulación del matrimonio por cualquier causa (a diferencia de lo que sucede en las donaciones otorgadas por los contrayentes, que solo serán revocables si el donatario hubiese obrado de mala fe); por tanto, no se tiene en cuenta la buena o mala fe de los cónyuges y si el matrimonio se anula, ya que la donación puede revocarse aunque el donatario sea de buena fe. Vemos como esta regulación supone una excepción respecto al matrimonio putativo (que suponemos que se da en nuestro caso) ya que conforme al mismo no se deberían invalidar los efectos ya producidos respecto a los contrayentes de buena fe⁵¹.

Sin embargo, como establece la STS 451/2011, de 21 de junio (RJ 2011\7325) no se permite *“establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja”*. En este sentido, la STS 448/2015, de 15 de julio (RJ 2015\3597) hace referencia al auto del JPI núm. 8 de Collado Villalba (Madrid) 178/2011, en el que se acordó la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre y por tanto, se le atribuyó a ella el uso de la vivienda (junto con sus hijos) a pesar de que la propietaria fuese la abuela paterna. Si bien, el TS en la misma sentencia establece que *“cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda no puede pretenderse una especie de reserva”*, pero siempre que el interés de los menores esté plenamente cubierto. Por lo tanto, a no ser que el progenitor custodio tuviese una vivienda donde

⁵⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar”, en AAVV, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (DE HOYOS SANCHO, M., Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 268.

⁵¹ RAMS ALBESA, J./ MORENO MARTÍNEZ, J.A.: *El régimen económico del matrimonio (comentarios al código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 224-225.

satisfacer dichas necesidades, el resultado de la atribución del uso de la vivienda sería el mismo aunque fuese propiedad de un tercero (en este caso, de la madre de Felipe) ya que lo que debemos de tener en cuenta es que lo que se protege son los derechos y el interés del menor en la situación de crisis matrimonial y no la propiedad.

Además, hay que examinar dicho art. 1343 CC cuando establece que *“estas donaciones serán revocables por las causas comunes (...). En las otorgadas por terceros, se reputará incumplimiento de cargas (...) la anulación del matrimonio por cualquier causa”*, ya que si acudimos al art. 647 CC (revocación de donaciones) vemos que el mismo exige que la donación sea revocada a instancia del donante cuando dejase de cumplir alguna de las condiciones que le impuso —en nuestro caso, nos encontramos con dos causas por las que María podría revocar la donación debido al incumplimiento de cargas: la primera, referente a la condición impuesta del cuidado de la madre tras la donación, y la segunda, relativa a la nulidad matrimonial—. Por eso, solo podríamos entender que María es la propietaria del piso por motivo de revocación de la donación, si la solicitase (*“a instancia de parte”*). Por lo que, en caso de que no lo hiciera, la propiedad de la vivienda sería de Felipe ya que como hemos dicho, el art. 1336 CC establece que tal donación puede realizarse *“en favor de uno o de los dos esposos”* y en este caso, como quien figura como propietario es Felipe, entenderemos que la donación por parte de María se hizo únicamente en favor de su hijo (aunque la vivienda la fueran a disfrutar ambos cónyuges).

En este sentido, cabe mencionar que el hecho de que la vivienda sea privativa de uno de los cónyuges no implica que el uso de la misma deba de pertenecer al mismo. Podemos atender, entre otras, a la SAP Albacete 231/1999, de 19 de noviembre (JUR 1999\732), que establece lo siguiente *“pese al carácter privativo de la vivienda respecto al padre, no se vislumbran de momento posibilidades reales por parte de la madre con sus actuales ingresos ni tampoco por parte del padre proporcionando mayor cantidad como contribución al levantamiento de las varias matrimoniales para que aquel y su hijo prescindan del uso de la vivienda por lo que ha de ratificarse su atribución al cumplir así mayor utilidad familiar”*. Incluso cabe decir que aunque el cónyuge custodio de los hijos tenga otra vivienda igualmente apta y adecuada para satisfacer sus necesidades y las de los hijos que tenga a su cargo, en bastantes casos se le asigna el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio y no al que es titular del propio inmueble. Esto se puede ver reflejado, por ejemplo, en la STS 86/2005, de 10 de febrero (RJ 2005\922) o en la SAP Castellón 517/2000, de 20 de septiembre (AC 2000\1796). Por tanto, se le puede atribuir el uso de la vivienda al cónyuge custodio de los hijos independientemente de quien sea el propietario de la misma.

D. TEMPORALIDAD DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Respecto al tiempo de uso de la vivienda familiar, hay que decir que no es indefinido; es temporal y está limitado por el hecho de la convivencia de los menores o incapacitados con aquel de sus padres al que se le ha atribuido (es decir, dura mientras los hijos permanecen en compañía y convivencia con su padre o madre, al que ha sido confiada su guarda y custodia). Por tanto, el derecho de uso se va a extinguir si los hijos dejan de convivir con su padre o madre por haber alcanzado la mayoría de edad, estar emancipados, vivir con independencia o haber recuperado la capacidad, o si el titular del uso ha sido privado de la patria potestad o de su ejercicio. Sin embargo, cabe decir que el hecho de que el hijo alcance la mayoría de edad no debe producir de manera automática la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar si la convivencia y la obligación de alimentos subsisten (por ejemplo, si el hijo no ha terminado su formación por causa que no le sea imputable)⁵². En este sentido, hay que hacer referencia al concepto de “hijos” al que alude el art. 96.I CC, ya que aunque hable de ellos genéricamente hay que entender que se debe de

⁵² LETE DEL RÍO, J.M.: “Comentario al artículo 96 del Código Civil”, en AAVV, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del código civil* (Coord. LACRUZ BERDEJO, J.L.), Civitas, Madrid, 1994, p. 1152.

aplicar exclusivamente a los hijos menores de edad. El precepto es una expresión de un principio constitucional según el cual *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos que legalmente proceda”*, por ejemplo, cuando han sido incapacitados⁵³. Por consiguiente, la relación del art. 96.I CC con el art. 39.3 CE impide que se limite temporalmente la atribución del uso de la vivienda de carácter ganancial al progenitor custodio hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial. El motivo es que esta solución sería contraria a la finalidad perseguida por el precepto —que es la de asegurar que los hijos menores, mientras persista su situación de minoría de edad, no se vean privados de la posibilidad de seguir usando la vivienda a pesar de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio de los padres—. La doctrina jurisprudencial⁵⁴ actual se ha pronunciado sobre esto, y según la misma *“la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez”*, porque el art. 96.I CC *“no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja”* de modo que *“una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”*⁵⁵.

E. GASTOS DERIVADOS DE LA TITULARIDAD O DEL USO DEL INMUEBLE.

Por último, hay que hacer referencia a los gastos derivados de la titularidad o del uso del inmueble. Todos los gastos que recaen sobre la vivienda familiar durante la convivencia, van a seguir produciéndose tras su ruptura, lo que plantea quién ha de hacerse cargo de los mismos una vez atribuido el uso a los hijos menores y/o a uno de los cónyuges. Estos se van a congregarse en dos grupos distintos: los inherentes al uso y los inherentes a la propiedad. Dentro de los primeros (*“gastos inherentes al uso”*) nos encontramos los derivados de los suministros de la vivienda (como gastos de agua, electricidad, gas...), el pago de las cuotas de la Comunidad de Propietarios referida a las cuotas ordinarias de meros gastos de mantenimiento y conservación del inmueble, así como de limpieza, ascensor, luz... (no los que derivan de la propiedad y que afectan al valor del inmueble) y lo relativo a las reparaciones de la vivienda correspondientes a su mantenimiento, conservación o mejora (en este sentido, será de aplicación el art. 500 CC). Todos estos deberán abonarse por quien resulte ser el usuario de la vivienda. Y dentro de los segundos (*“gastos inherentes a la propiedad”*) deberán abonarse por quienes resulten ser propietarios de la vivienda familiar. Dentro de estos gastos están el Impuesto de Bienes Inmuebles, el seguro de la vivienda, las derramas extraordinarias de la Comunidad de Propietarios (SAP Alicante 580/2002 de 30 de septiembre, JUR 2002\273920⁵⁶), las obras extraordinarias de vivienda y las cuotas del préstamo derivadas del

⁵³ En este sentido, la STS 325/2012, de 30 de mayo (RJ 2012\6547) establece lo siguiente: *“los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados”*.

⁵⁴ En tal sentido, nos encontramos con numerosas sentencias; entre ellas: STS 236/2011, de 14 de abril (RJ 2011\3590); STS 451/2011, de 21 de junio (RJ 2011\7325); STS 622/2013, de 17 de octubre (RJ 2013\7255); STS 301/2014, de 29 de mayo (RJ 2014\3889); y STS 297/2014, de 2 de junio (RJ 2014\2842).

⁵⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *“La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.3 bis, Valencia, 2015, pp. 25-27.

⁵⁶ Dicha sentencia establece lo siguiente: *“Si bien los gastos ordinarios los paga el cónyuge que tiene atribuido el uso, los extraordinarios (derramas) se abonarán al 50% entre los cónyuges, y el mismo criterio se aplica para el IBI, y ello en atención a que en ambos casos se trata de cargas derivadas de la propiedad de la vivienda, y esta la siguen ostentando ambos cónyuges hasta que se procede a la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales”*.

derecho real de hipoteca, que deben de ser abonadas por quien resulte ser propietario de la vivienda⁵⁷. Esta práctica jurisprudencial ha sido confirmada recientemente por el Tribunal Supremo, en la STS 580/2014, de 25 de septiembre (RJ 2014\4963), *“en aras al equilibrio económico entre las partes”*, distinguiendo dos planos: el de la relación (interna) de los cónyuges entre sí y el de la relación (externa) de éstos con la comunidad. Dice que nada impide que la sentencia de divorcio decida que *“el excónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación”*, lo que no obsta *“para que de acuerdo con el art. 9 de la LPH sean ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad”*⁵⁸. Por tanto, de los gastos inherentes al uso se hará cargo el cónyuge custodio que se quede en la vivienda (que por lo expuesto, lo normal sería que se lo quedase Leticia) y de los inherentes a la propiedad, se hará cargo el propietario como tal (que como hemos dicho serán Felipe o, en su caso, María).

F. CONCLUSIÓN.

En conclusión, la vivienda situada en Lugo se trata de la “vivienda familiar” porque en la misma los cónyuges cumplen su deber de convivencia y de atención respecto de sus hijos y satisfacen sus necesidades primarias. Además, como hemos visto, se cumplen los requisitos de habitabilidad y habitualidad para que pueda considerarse como tal. Para ver a quien se le va a atribuir el uso de la misma hay que atender al artículo 96 CC, el cual nos dice que a falta de acuerdo entre los cónyuges (aprobado por el Juez), el uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Pues bien, en nuestro caso no hay constancia de que entre Felipe y Leticia hubiera acuerdo alguno sobre la atribución del uso de dicha vivienda, por lo que debemos de acudir al segundo criterio que nos facilita el precepto citado. Por ello, debido a que hay una clara conexión entre la atribución de la vivienda y el régimen de custodia habrá que determinar a quién se le atribuye dependiendo de si la custodia es compartida o exclusiva. Para ello, haremos referencia a dos situaciones: en primer lugar, si entendemos que Felipe no estuvo incurso en ningún proceso penal y que el juez no advirtió indicios sobre ello; y en segundo lugar, si entendemos que, por el contrario, hubo denuncia de malos tratos la cual llevó a Felipe a estar inculcado en un proceso penal, o que el juez advirtió indicios de los mismos.

En el primer supuesto tendríamos la posibilidad de que la custodia de la menor fuese compartida o exclusiva de uno de los cónyuges. En el caso de que la custodia fuese compartida, tendríamos distintas opciones: que Lucía se quedase en el domicilio y fuesen sus padres los que la ocupasen alternativamente (vivienda nido) —atribuyéndosela a ambos por períodos o únicamente a Lucía—, que no se le atribuya a ninguno y sea el menor el que se traslade a los diferentes domicilios de cada progenitor, o, probablemente la más acertada, que se le atribuya el uso de la vivienda al cónyuge “más necesitado de protección”. Pues bien, las tres primeras opciones han sido calificadas por la jurisprudencia como un obstáculo para la estabilidad del menor y para su desarrollo personal. Por tanto, la última opción sería la más beneficiosa para Lucía, ya que permanecería estable en un único domicilio con uno de sus progenitores y con un régimen de visitas respecto al otro. En ese caso, de los dos progenitores el “más necesitado de protección” sería Leticia ya que Felipe tiene diferentes viviendas donde puede residir (y uno de los criterios que se siguen para valorarlo es que alguno de los dos cónyuges tenga mas viviendas que puedan servir de alojamiento) y tiene un trabajo estable (a diferencia de Leticia, que no tiene más viviendas donde alojarse y sería complicado encontrar a corto plazo una por sus pocos ingresos al carecer de dicho trabajo); además, sino no se atendería al principio de no separar a los hermanos —del art. 92.5 CC por el que *“el*

⁵⁷ PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar*, op.cit, pp. 94-95.

⁵⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, op cit., p. 33.

juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”— que, a pesar de que se hable de “procurar” y no sea de carácter imperativo, sería lo más beneficioso para los dos menores si valoramos dichas circunstancias⁵⁹. En este sentido, se pronunció el TS, en su Sentencia de 25 de septiembre de 2015 al establecer que *“Los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomará de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficioso para los hijos como marco de convivencia más adecuado para su desarrollo integral”*. Y en caso de que la custodia, tras la valoración de las diferentes circunstancias realizadas por el Juez, fuese exclusiva tanto de uno de los progenitores como del otro (Felipe o Leticia) el resultado sería el mismo: *“el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”* (art. 96.I CC). Por tanto, el uso de la vivienda corresponderá a Lucía (como hija común de los cónyuges) y al progenitor que tenga la custodia⁶⁰. Esto es así porque hay que atender al interés familiar más necesitado de protección, que se entiende que serán los menores. Sin embargo, se puede entender como una presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum*: en el primer caso, la atribución del uso de la vivienda sería únicamente para Lucía y el progenitor que tuviese su custodia; y en el segundo caso, se establece que se le puede atribuir al cónyuge apartado de los hijos cuando atendidas las circunstancias, su interés resulte el más necesitado de protección. Este supuesto se nos podría dar si Felipe tuviese la custodia de Lucía, ya que quizás en este caso Felipe podría usar una vivienda distinta de la familiar que satisficiera el bienestar de Lucía y en tal caso, Leticia podría quedarse en una situación de desprotección por carecer de vivienda y no tener ingresos para poder pagar una (por lo menos, a corto plazo). Por tanto, existe la posibilidad de ponderar la existencia de intereses dignos de protección (si se reinterpreta el art. 96 CC) ya que aunque la finalidad primordial sea la de asegurar el interés de Lucía, si su custodia la tuviera Felipe (y éste se quedara con el piso) se podría valorar si el interés de Leticia (desempleada, prácticamente sin ingresos y con otro menor a su cargo) sería el más necesitado de protección o no.

Sin embargo, la situación de custodia exclusiva de uno de los cónyuges es el supuesto que más nos interesa por ser la situación más lógica: lo normal sería que Leticia denunciase a Felipe por malos tratos en el ámbito familiar y esto le llevase a estar imputado en un proceso penal, o que el juez durante el procedimiento de la nulidad matrimonial (o divorcio) advirtiese indicios sobre tales hechos, y que, en consecuencia, entendiese que no procedería la custodia compartida (art. 92.7 CC). Pues bien, en este caso, la custodia sería exclusivamente para Leticia ya que, como vimos, es incompatible con el respeto a los intereses y derechos del menor que un progenitor condenado por malos tratos ostente la guarda y custodia (ya sea compartida o exclusiva). El principio general de protección de los menores se considera determinante para la atribución del uso de la vivienda y además, en casos de violencia de género los más necesitados de protección van a ser la víctima y los menores. Por tanto, la atribución del uso de la vivienda correspondería a Lucía y a Leticia por dos motivos: el primero, que se corresponde con el texto del art. 96.1 CC —el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden— y el art. 92.7 CC —no cabe custodia compartida en casos de violencia doméstica—; y el segundo, que se corresponde con el principio de protección del interés más necesitado.

⁵⁹ En este sentido, la STS 426/2013, de 17 de junio (RJ 2013\4375) establece que *“el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objetos de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño”*.

⁶⁰ En este sentido la SAP Castellón 517/2000, de 20 de septiembre (AC 2000\1796) establece respecto al progenitor al cual se le atribuye el uso de la vivienda que *“la atribución a ésta no es autónoma, sino por haberle sido encomendada la guarda del menor”*.

V. ¿LAS ACTUACIONES DE FELIPE SON CONSTITUTIVAS DE DELITO?

El art. 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece que el objetivo de dicha Ley es *“actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges (...)”*. Dentro de los delitos que cabe definir como “delitos de violencia de género”, el mismo precepto nos permite afirmar que cualquier delito violento es susceptible de adoptar tal expresión produciéndose su transformación cuando un comportamiento reúne los caracteres exigidos por el art. 1.1. No obstante, al margen de ello, en el CP aparecen caracterizados como delitos de violencia de género los siguientes: el delito de lesiones leves o maltrato de obra (art. 135 CP), el delito de lesiones del art. 147.1 CP (en virtud de lo previsto en el art. 148.4), el delito de amenazas leves (art. 174.4 CP) y el delito de coacciones leves (art. 172.2 CP)⁶¹. Vemos como la Ley no excluye las violencias leves, sino que únicamente exige que la violencia ejercida sea de género. Por tanto, en la actualidad, si una mujer es objeto de violencia de género siempre vamos a hablar de una conducta constitutiva de delito ya que independientemente de que la violencia practicada sea grave o leve se calificará en todo caso como delito, procediendo a la detención del sujeto. Además, por otra parte, la LO 11/2013, de 29 de septiembre, introdujo el desplazamiento del delito de malos tratos habituales del Título III del Libro II (‘De las lesiones’) al Título VII (‘De las torturas y otros delitos contra la integridad moral’), cuyo cambio de ubicación supone el reconocimiento de que el bien protegido de esas infracciones no es la integridad física ni la salud, sino la integridad moral⁶². A continuación, veremos que actuaciones de Felipe son constitutivas de delito y cómo quedarían enmarcadas.

A. LESIONES.

En el art. 147.1 CP se regula el tipo básico del delito de lesiones: *“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”*. Por tanto, vemos que se exigen tres requisitos para poder calificar una conducta como delito de lesiones. En primer lugar, es necesario que se haya causado una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima. Esta conducta será una acción típica de medios indeterminados o meramente resultativo (*“el que, por cualquier medio o procedimiento causare...”*); por tanto, basta con que tenga lugar cualquier conducta objetivamente adecuada desde una perspectiva *ex ante* para menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental de un individuo. En segundo lugar, se precisa que haya una asistencia facultativa, que será el diagnóstico o exploración médica inicial con finalidad preventiva (STS 1021/2003, de 7 de julio, RJ 2003\6218). Por tanto, vemos como es la atención o los cuidados que los profesionales de la sanidad prestan a quienes los necesitan, incluyéndose todos los comportamientos dirigidos a eliminar, disminuir o evitar la agravación de los menoscabos de la salud, los cuidados paliativos para reducir el

⁶¹ RAMON RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol.XXXIII, Santiago de Compostela, 2013, pp. 402-410.

⁶² FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista penal*, nº17, 2006, pp. 79-80.

sufrimiento y las medidas preventivas dirigidas a impedir la aparición de menoscabos vinculados a la agresión. Y en tercer lugar, debe de existir un tratamiento médico o quirúrgico. El tratamiento médico, que es el que más nos interesa, es una acción prolongada más allá del primer acto médico, que supone una reiteración de cuidados hasta la curación total; por tanto, como establecen algunas sentencias del Tribunal Supremo⁶³, por “*tratamiento médico*” debe de entenderse la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidades curativas —sobre este tema, haremos un estudio jurisprudencial detallado más adelante—. Y el tratamiento quirúrgico, como establece la misma STS 1021/2003, consiste en la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o menor) objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones. La Circular 2/1990 de la Fiscalía General (RCL 1991\530) exige una serie de requisitos para considerar dicho tratamiento como tal: que sea distinto y ulterior a la primera asistencia, que sea necesario, que tenga una finalidad curativa (excluyéndose las atenciones meramente preventivas) y que la prescripción se lleve a cabo por un titulado en Medicina⁶⁴. Por lo general, la primera asistencia suele consistir en una única actuación médica, mientras que el tratamiento médico o quirúrgico se desarrolla a través de una multiplicidad de intervenciones facultativas; aunque esta regla no siempre se cumple: no toda primera asistencia facultativa implica la realización de una única actuación facultativa⁶⁵, o no todo tratamiento médico o quirúrgico conlleva la realización de una pluralidad de actuaciones médica, ya que algunos se agotan en un único acto médico⁶⁶.

El art. 148.4 CP incorpora un elemento relativo a la violencia de género de modo que agravaría al tipo básico. En concreto, establece que “*Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*”. Pero por otra parte, tenemos el art. 153 CP introducido por la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en el que se castiga como delito el “*causar un menoscabo psíquico o una lesión de menos gravedad de las previstas en el art. 147.2 o golpear o maltratar de obra sin causar lesión*”, entre otras personas, a la “*mujer que es o ha sido esposa del autor, o mujer que está o ha estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. Hay que tener en cuenta que, en el tercer apartado del mismo precepto, existe la posibilidad de que se agrave la pena cuando el delito se perpetre en presencia de menores, utilizando armas, tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena del art. 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Por tanto, la cuestión estriba en determinar si las lesiones sufridas por la víctima como consecuencia de la agresión requirieron para su sanidad únicamente de una primera asistencia facultativa, o si necesitaron tratamiento médico para su curación. En el primer caso, nos hallamos ante el tipo básico de malos tratos del art. 153.1 CP y en el segundo ante el delito de lesiones agravadas del art. 148.4 CP. Vemos como la

⁶³ Como la STS 1104/2007, de 20 de noviembre (RJ 2007\9125), o la STS 91/2007, de 12 de febrero (RJ 2007\792).

⁶⁴ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones: tipos agravados y cualificados*, Ramón Areces, Madrid, 2006, p.42.

⁶⁵ Por ejemplo, en la STS 523/2002, de 22 de marzo (RJ 2002\4479) se considera tratamiento médico la inmovilización de cuello con collarín extraíble por el propio paciente, o de dedo con capsulitis traumática mediante la aplicación de férula igualmente extraíble.

⁶⁶ La STS 751/2007, de 21 de septiembre (RJ 2007\7082) o la STS 1199/2006, de 11 de diciembre (RJ 2007\745) establecen que los puntos de sutura pueden no requerir una segunda intervención facultativa de extracción.

diferenciación entre ambos tipos penales radica en que las lesiones hayan necesitado para su sanidad además de una primera asistencia facultativa un tratamiento médico o quirúrgico. Por eso, a continuación haremos un estudio detallado sobre el concepto de “tratamiento médico” relacionándolo con los diagnósticos facultativos que se describen en el supuesto práctico.

a.1. Tratamiento médico.

Para que el concepto normativo de tratamiento médico sea alcanzado, se debe atender a las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere, ya que hay una ausencia de definición legal. A esto mismo hacen referencia la STS 180/2014, de 6 de marzo (RJ 2014\2107) o la STS 34/2014, de 6 de febrero (RJ 2014\1617). La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁷ ha concluido que *“debe entenderse tratamiento toda actividad posterior a la primera asistencia tendente a procurar la sanidad del lesionado y ordenado por un facultativo. Puede consistir en la prescripción de fármacos o en la fijación de determinados comportamientos, tales como dietas alimenticias, ejercicios de rehabilitación u observancia de reposo. El tratamiento debe ser el medio objetivamente indicado para la curación de las lesiones, con independencia de que el lesionado observe o no las prescripciones médicas”*. Por otra parte, la citada STS 91/2007, de 12 de febrero (RJ 2007\792) entiende que se trata de *“toda actividad posterior a la primera asistencia tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico”, “aquél sistema que se utiliza para curar una enfermedad o tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es curable, siendo indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la haya encomendado a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos, o por la fijación de comportamientos a seguir, quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica”*. Por tanto, el tratamiento médico conlleva la planificación de un sistema de curación, o de un esquema médico prescrito por un titulado en Medicina, con finalidad curativa (STS 19/2016, de 26 de enero, RJ 2016\360). En el mismo sentido, se establece que el concepto de tratamiento médico requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o incluso una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga un mero seguimiento facultativo o simples vigilancias incluyéndose además, las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerle remedio⁶⁸. Sobre esta diferenciación habla la SJPI Alicante 537/2016, de 15 de diciembre (ARP 2017\266): *“la distinción entre tratamiento médico y seguimiento o vigilancia facultativa no es fácil de establecer, pero, teniendo en cuenta la flexibilidad del marco penal establecido en el art. 147 CP, las exigencias de tratamiento médico no pueden ser excesivas, pues se produciría una desprotección del bien jurídico protegido. Se debe considerar tratamiento aquél en que se haya recurrido a medicamentos necesarios para controlar un determinado proceso posterior a una herida, siempre que el paciente pueda sufrir efectos secundarios que importan un riesgo de una perturbación no irrelevante para su salud, teniendo en cuenta que la necesidad de tratamiento médico ha de obedecer a la naturaleza y características de la propia lesión, puestas en relación con los criterios que la ciencia médica viene observando en casos semejantes. Y ello prescindiendo de lo que realmente haya ocurrido en el caso concreto, pues puede suceder que el lesionado haya preferido curarse por sí solo o automedicarse, de modo que aunque se hubieran producido daños necesitados de este tratamiento, éste no se habría producido (STSS 614/00 de 11 de abril y 1763/09 de 14 de noviembre)”*.

Una vez que tenemos claro el concepto dado jurisprudencialmente de “tratamiento médico”, hay que tener en cuenta la STS 1137/2009, de 22 de octubre (RJ 2010\168) que establece cuáles son los requisitos

⁶⁷ Vid. Entre otras, SSTS 1246/2003, de 3 octubre (RJ 2003\74123); o 91/2009, de 3 febrero (RJ 2009\1394).

⁶⁸ Vid. SSTS 411/2009, de 14 de abril (RJ 2009/2950); y 1137/2009, de 22 de octubre (RJ 2010\168).

del tratamiento médico: debe de prestarse de forma ulterior a la primera asistencia, ser necesario y tener una finalidad curativa (excluyéndose los actos médicos tendentes a comprobar o vigilar el éxito de la primera intervención o a complementarla), debe tener una finalidad curativa y, por último, tiene que ser prestada por un titulado en medicina o por indicación de éste. Asimismo, como establece la SAP Almería 8/2000, de 4 de febrero (ARP 2000\159) sabemos que el tratamiento existe cuando es realizado por el propio facultativo como si se delega a auxiliares sanitarios, o cuando se impone el seguimiento al propio paciente por la prescripción de fármacos o por la imposición de pautas (como dietas, ejercicios de rehabilitación...).

a.2. Tratamiento farmacológico.

Como dice la STS 546/2014, de 19 de julio (RJ 2014\3545) *“puede aceptarse que el suministro de antibióticos y analgésicos, al no quedar acreditado que fueran necesarios para la curación y no pautados con finalidad paliativa o preventiva no sea tratamiento médico a los efectos del art. 147 CP”*. Sin embargo, es cierto que la dispensación de fármacos (analgésicos o antibióticos) sin precisar más —es decir, sin referencia a las dosis y tiempo de la medicación— puede no considerarse tratamiento médico. Esto es lo que establece la STS 891/2008, de 11 de diciembre (RJ 2009\4712), que a modo de razonamiento, continúa estableciendo que *“los mismos medicamentos podían recetarse a quien recibe una bofetada que le produce dolor y una cierta tumefacción de la mejilla, y no por ello deberíamos calificar este hecho como lesiones delictivas”*. Ahora bien, la STS 546/2014 dispone que *“cuando la ingesta de fármacos o analgésicos va acompañada de menoscabos físicos objetivados mediante el oportuno dictamen médico, si puede integrar el concepto de tratamiento médico”*; ello, siempre que se de en el marco de un sistema curativo.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial descarta que sea constitutivo de tratamiento médico cuando el mismo no esté especificado —por ejemplo, la citada STS 91/2007 que se refiere a antidepresivos y ansiolíticos no precisados—. Aunque por otra parte, como establece la también citada STS 1104/07, *“la antibioterapia, que necesitó cuarenta días para conseguir la curación, constituye tratamiento médico en el sentido del art. 147, ya que lo prescribió y ordenó un médico desde el principio en ejecución de su plan curativo”*. O la STS 2094/1994, de 1 de diciembre (RJ 1994\9381) que considera como tratamiento médico la prescripción de antiinflamatorios para la sanación del quebranto físico (*“precisando para su curación tratamiento con antiinflamatorios tópicos y orales, hubo un tratamiento médico, posterior a la primera asistencia, pues por tal ha de entenderse aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias”*).

a.3. Uso del collarín.

Una vez que tenemos claro el concepto de “tratamiento médico” hay que analizar si el collarín tiene una finalidad curativa o paliativa, aunque en este sentido hay multitud de posiciones doctrinales y jurisprudenciales e incluso existen discrepancias en el ámbito de la Medicina. El AAP Madrid 785/2010, de 20 de octubre (JUR 2011\17117) hace referencia a la Circular 2/1990, de 1 de enero (RCL 1991\530) estableciendo que esta *“entiende por asistencia la atención prestada directamente por un facultativo con fines de diagnóstico o curativos y que el tratamiento es la sujeción del lesionado a un método o sistema de actos o comportamientos destinados a obtener la curación y que deben desenvolverse en un periodo temporal más o menos limitado. Un conjunto excesivo de asistencias guiadas por un fin curativo pueden integrar un tratamiento, pero pueden existir tratamientos impuestos o señalados en una única asistencia que se desarrollen ulteriormente sin una atención médica específica, hasta la comprobación final de la sanidad. Existirá, pues, el tratamiento médico o quirúrgico cuando se haya producido una segunda o ulterior asistencia facultativa, posterior a la inicial o primera cura, o, cuando sin haber existido tal*

ulterior asistencia, se muestre ésta como objetivamente necesaria para la sanidad". Por eso, podemos entender que el tratamiento médico ha de ser objetivamente necesario e indispensable para obtener la curación (según las normas médicas), sin que las "simples cautelas o medidas de prevención" sean consideradas como tratamiento. Por otra parte, el acuerdo para la unificación de criterios adoptado por los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 29 de mayo de 2004, establece que *"la aplicación de antiinflamatorios, collarín cervical o período de rehabilitación para curación del conocido como 'latigazo cervical', son medidas que deben considerarse, en general, como tratamiento médico"* y, en esta línea, la SAP Madrid 285/2010, de 30 de junio (ARP 2010\912) considera que el uso del collarín constituye un tratamiento médico, además de recordar que el esguince cervical *"es una lesión objetivamente necesitada de tratamiento médico, en concreto de la colocación de un collarín cervical durante un determinado período de tiempo que va más allá de la primera asistencia"*. El propio TS también lo califica de tratamiento curativo que trata de reparar el daño que ocasiona el traumatismo cervical⁶⁹. Además, la SAP Madrid 382/2005, de 8 de noviembre (JUR 2006\290750) hace referencia a diversas sentencias del TS⁷⁰ estableciendo que *"la prescripción de fármacos y la inmovilización de una extremidad con una finalidad curativa, supone un método terapéutico activo para curar"*. Dicho esto, el TS se ha pronunciado sobre la pregunta que nos incumbe: el collarín, ¿tiene una finalidad curativa o paliativa? Pues bien, la citada SJPI de Alicante 537/2016, hace referencia a las sentencias de 23 de febrero de 2001 y 22 de marzo de 2002 del TS que establecen que *"hay que entender que el porte de un collarín cervical constituye un sistema curativo, o reductor de las consecuencias cuando la lesión no sea totalmente curable, prescrito con tal finalidad curativa por un titulado en medicina y aunque ese tratamiento se encomiende a auxiliares sanitarios o se imponga al mismo paciente"* y continúa diciendo que, incluso en los supuestos donde la instauración de collarín cervical responde únicamente al mero alivio de molestias, *"ello supondría tratar, mediante dicho elemento de inmovilización, de impedir una recuperación dolosa, lo que constituye una de las finalidades del tratamiento médico (Sentencias del Tribunal Supremo 21 de octubre de 1997 y 9 de octubre de 1998)"*.

a.4. Esguince.

Respeto a los esguinces, la SAP Valencia 509/1999, de 5 de noviembre (ARP 1999\5196) se refiere a un caso donde al demandante se le provocó un esguince en el pie izquierdo y la misma establece que constituye tratamiento médico la aplicación de vendaje compresivo y la prescripción de analgésicos y reposo. En la misma línea, la STS 2280/1994, de 27 de diciembre (RJ 1994\213) reconoce en el concepto tratamiento médico la inmovilización del tobillo decretada por facultativo (*"la citada inmovilización, los daños corporales causados en esa parte concreta del cuerpo humano así como también la incapacidad que, por tal daño, se originó durante veintiún días, son datos elocuentes que están hablando de un menoscabo corporal necesitado de una primera asistencia y del posterior tratamiento que de esa inmovilización es consecuencia ineludible"*).

La misma SAP, a modo de resumen respecto a lo expuesto en los epígrafes anteriores, hace referencia a otra Sentencia del TS (la STS 185/1997, de 14 de abril) la cual establece que aunque en el CP de 1973 no se definiera lo que debe entenderse por tratamiento médico posterior a la primera asistencia y haya quedado también sin perfilar en el texto del art. 147 del Código de 1995, hay que atender a lo establecido por los abundantes pronunciamientos concretos de la Sala II del TS que permiten entender por tratamiento médico posterior a la primera asistencia a *"toda medida que sobre el cuerpo o con respecto del cuerpo o la mente de un afectado por violencia física haya dispuesto u objetivamente hubiera debido disponer un*

⁶⁹ *Vid.* la citada STS 408/1995 de 21 de marzo (RJ 1995\2041).

⁷⁰ Entre otras, cita las sentencias de 2 de julio de 1999, 24 de octubre y 18 de noviembre de 1997, 23 y 25 de febrero de 2001.

facultativo de la sanidad para que, actuando con posterioridad al momento de la primera asistencia, remedie o atenúe el menoscabo real que en la salud del atendido persista tras esa asistencia". Así, con este amplio concepto es como se explican los pronunciamientos del TS más concretos en los que atribuyen a la categoría de tratamiento médico al reposo total o parcial ordenado por el médico (STS 1200/1994, de 2 de junio, RJ 1994\4523), a la inmovilización de un miembro (STS 2280/1994, de 27 de diciembre, RJ 1994\10318), la de un enyesado de una pierna (STS 1147/1994, de 3 de junio, RJ 1994\4524), la de una endodoncia o desvitalización del nervio de un diente (STS 530/1994, de 12 de marzo, RJ 1994\213), a la colocación de un collarín (STS 408/1995, de 21 de marzo, RJ 1995\2041), al señalamiento de dietas y a la rehabilitación (STS 262/1993, de 6 de febrero, RJ 1993\882) y a la prescripción de fármacos (STS 200/1994, de 2 de junio, RJ 1994\4523).

a.5. Conclusiones.

En nuestro supuesto, tenemos dos conductas por parte de Felipe que dan lugar a un maltrato físico con lesiones o sin ellas. La primera de ellas, consiste en el ***empujón que recibe Leticia cuando todavía esta embarazada de Lucía, por lo que acude al médico y le receta analgésicos para el dolor***. Vemos que en este caso, solo se cumple la primera asistencia médica, pero no el posterior tratamiento médico o quirúrgico —ya que en este caso, la prescripción farmacéutica no está especificada a un tratamiento curativo concreto— para poder encuadrar la conducta en la tipificada por el art. 147 CP (y por consiguiente, en nuestro caso por tratarse de violencia de género, el art. 148 CP). Por eso, será aplicable el art. 153 CC ya que se refiere a las lesiones “*de menos gravedad de las previstas en el art. 147.2, o golpear o maltratar de obra sin causar lesión*” a la “*mujer que es o ha sido esposa del autor (...)*”. Como tras el empujón a Leticia no hubo lesiones, hablaríamos de “maltrato de obra sin causar lesión”; además, hay que tener en cuenta que se podrá aplicar la agravante del tercer apartado de este último artículo por tener lugar en el domicilio común del matrimonio. Por otra parte, la segunda conducta consistió en ***varios golpes por parte de Felipe que tiraron a Leticia al suelo, provocándole un esguince en el pie derecho y fuertes colores cervicales; por lo que cuando va al médico se lo venda y le receta analgésicos para el dolor, obligándole a usar un collarín***. En este caso, sí se dan los dos requisitos del delito de lesiones del art. 147 CP: primera asistencia médica y posterior tratamiento médico (donde, como hemos visto, se incluye el vendaje por el esguince, el uso del collarín o el tratamiento médico para el dolor). Por eso, ahora sí que se aplicará el art. 148.4 CP debido a que tiene lugar la agravante de que la víctima sea la esposa del autor.

B. AMENAZAS.

El delito de amenazas consiste en la exteriorización del propósito de causar un mal a un sujeto pasivo, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado de manera que ese propósito llegue conocimiento del amenazado, que puede hacerse a través de distintos medios. Como establece la STS, de 22 de marzo de 2006 (RJ 2006\3304) “*el delito de amenazas se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible, con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado (...)*”. Definido el concepto de amenaza, vamos a analizar su diferencia con las coacciones: como establece la STS, de 23 de noviembre de 1989 (RJ 1989\8705) “*la diferencia con el de amenazas radica en que en éste aparece un mal futuro con el que se inquieta al sujeto pasivo, mientras en las coacciones con la acción intimidan lo que se consigue es impedir en un momento concreto hacer lo que se quiere y es lícito, y obligar a realizar lo que no se quiere sea lícito o no*”. Esta posición jurisprudencial no es compartida por la doctrina, que entiende que la frontera no debe situarse en la inmediatez de la conminación, sino en los elementos integrantes de la libertad atacados: la

formación de la voluntad en el delito de amenazas y la libertad de obrar en el delito de coacciones⁷¹. Pues bien, en nuestro caso, cuando Felipe tras la discusión con Leticia le da un empujón y le dice “eres libre de irte, pero si te vas no volverás a ver a tus hijos” estamos ante una **amenaza** ya que se está atentando contra su libertad en el sentido de ‘formación de su voluntad’ ya que no va a ser libre de tomar la decisión de irse a otro lugar por temor a lo que vaya a pasar con sus hijos.

El art. 171.4 CP castiga las amenazas leves a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; aunque si la amenaza es grave, como pasaba con el delito de lesiones, deberá de acudir al art. 169 CP o a los restantes apartados del art. 171 con concurrencia de la agravante de discriminación por género⁷². Para diferenciar el tipo de amenaza, como establece la SAP de Madrid 200/2015, de 31 de marzo (ARP 2015\933), se distingue “*en atención a la mayor o menor intensidad del mal con que se amenazara para el bien jurídico protegido*”. Por tal motivo, la amenaza que se nos presenta en el caso, podemos calificarla como ‘amenaza leve’ en el ámbito familiar (tipificada por el art. 171.4 CP). En este sentido, vemos que la amenaza cumple con los requisitos de la misma: se trata de un mal futuro (no volver a ver a sus hijos), injusto, determinado y posible, con el propósito de crear una intranquilidad en la mujer (en este caso, el hecho de tener que vivir en dicha vivienda por temor a lo que pueda pasar con sus hijos). Por ejemplo, la SAP de Alicante 706/2015, de 23 de noviembre (JUR 2016\215178) califica como amenaza leve del art. 147.4 CP “me la vais a pagar, te vas a enterar de lo que es no ver a tu hija”, donde el mal futuro con el que se amenaza es el mismo que en nuestro caso: no volver a ver a sus hijos —que en el supuesto, condiciona a Leticia a quedarse en la vivienda bajo las órdenes y los maltratos de Felipe—. Además, hay que tener en cuenta que dicha conducta delictiva podrá agravarse por cometerse en el domicilio común (art. 171.5.2º CP).

C. VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL.

El art. 173.2 CP sanciona las conductas de violencia contra la mujer y en el ámbito doméstico que atentan contra la integridad moral de los afectados. En la jurisprudencia mayoritaria, el bien jurídico es la dignidad de la persona en la familia, el libre desarrollo de la personalidad y la seguridad personal y física. Esta conducta típica precisa de cuatro requisitos, establecidos en la STS 38/2007, de 31 de enero (RJ 2007\1651) que son los siguientes: que la acción suponga el ejercicio de violencia física o psíquica, que se ejerza habitualmente, que la acción violenta pueda obedecer a cualquier fin y que exista una relación de afectividad entre el agresor y la víctima. Respecto al elemento de habitualidad, hay que decir que inicialmente se estimaba cuando se había ejercido violencia al menos en tres ocasiones (STS de 29 de abril de 1999)⁷³. No obstante, paulatinamente ha tenido lugar otra corriente para la que lo relevante para apreciar la habitualidad sea la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento; es decir, que se pruebe que la víctima vive en un estado de agresión constante⁷⁴. El tercer apartado de dicho precepto hace referencia a esto cuando establece que “*para apreciar la habitualidad se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los*

⁷¹ PRATS CANUT, J.M./ QUINTERO OLIVARES, G.: “Comentario al artículo 169 del Código Penal”, en AA.VV, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (QUINTERO OLIVARES, G., Dir), Aranzadi, Navarra, 2008, pp.227-228.

⁷² CUERDA ARNAU, M.L.: “Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones”, en AA.VV, *Derecho penal parte especial* (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 559.

⁷³ En este sentido, podemos observar el razonamiento de esto, entre otras, en la STS 533/2008, de 19 de septiembre (RJ 2008\5252) ya que se establece que si para apreciar la agravante de reincidencia se precisan al menos la ejecución de dos hechos, para estimar la habitualidad como propia existencia del tipo, parece oportuno exigir algo más.

⁷⁴ CUERDA ARNAU, M.L.: “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en AA.VV, *Derecho penal parte especial* (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 182-184.

mismos”. Por otra parte, la violencia debe recaer sobre distintos sujetos legalmente estipulados, entre los que se encuentra “*la que ha sido o es su cónyuge*”, que es el que se da en nuestro supuesto. Además, hay que tener en cuenta que dicho delito se podrá agravar por tener lugar en el domicilio común (párrafo segundo del artículo).

Pues bien, dicho esto, analizaremos si este delito referente a la violencia habitual intrafamiliar se da en el supuesto de Felipe y Leticia. Como establece el propio art. 173.2 CP, no solo se trata de ejercer sobre la víctima violencia física sino también psíquica (“*el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge (...)*”) y esto se ve reflejado perfectamente en nuestro caso a medida que pasa el tiempo. En el mismo, dentro de la violencia psicológica, nos encontramos con distintas conductas por parte de Felipe: la de control (‘abuso de superioridad’) en las que el marido constantemente controla a su pareja preguntando donde se encuentra, la de menosprecio con expresiones como la de “es lo que menos tiene que hacer si soy yo el que trabajo” o las de amenazas con quitarle a los menores para tener el poder sobre su voluntad (en este caso, de hacer lo que él le pide o de irse de la vivienda). Y por otra parte, también vemos que se da violencia física, como causa de las lesiones ya comentadas anteriormente. Por tanto, se dan todos los requisitos para poder calificar dicha situación como ‘violencia doméstica habitual’ ya que se ejerce violencia física y psíquica por parte de Felipe sobre su esposa, y ello habitualmente ya que hay proximidad entre tales conductas y si seguimos ambas corrientes vemos como se da dicho requisito (se ejerce la violencia en más de tres ocasiones y además, vemos como la víctima vive en un estado de agresión reiterado). Visto esto, nos podemos preguntar qué ocurre con la coexistencia de este delito con las conductas que lo propinan. En este sentido, el último inciso del párrafo segundo del art. 173.2 CP señala que la pena señalada en el mismo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Por tanto, como consecuencia de las violencias ejercidas habrá un concurso real de infracciones entre los delitos del art. 173.2 y el correspondiente a las lesiones y amenazas (en nuestro caso). Pero, por otra parte, la coexistencia de los delitos del art. 153 y 173.2° CP genera una serie de problemas de orden concursar de difícil solución. Dicho problema se nos presenta en la situación donde la agresión consiste en un maltrato de obra que no causa lesión; por ejemplo, como el empujón de nuestro caso, al que hicimos referencia anteriormente. Dicho empujón como hemos visto es, por si mismo, constitutivo de delito del art. 153 por mediar entre los sujetos la relación que se exige para aplicar el art. 173. Por este motivo, muchos entienden que la solución es desproporcionada ya que se vulneraría el principio *ne bis in idem* al sancionarse dos veces el vínculo familiar. No obstante, es mayoritaria la jurisprudencia que, en palabras de la STS 13 de mayo de 2014, afirma que “*ambos ilícitos, (...), son plenamente independientes, desde los distintos requisitos de cada uno de ellas, hasta el bien jurídico protegido que mientras que para el primero no es otro que el de la propia dignidad de la persona que, como víctima, así se ve denigrada, junto con la protección de la paz familiar y del derecho a la seguridad, en tanto que el segundo de los tipos penales que nos ocupa protege la salud y la integridad física y psíquica de la persona, dañadas con la comisión de una lesiones que, tratándose de meras faltas en si mismas, son elevadas por el Legislador a la categoría de delito*”⁷⁵.

En definitiva, claramente las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito. Por su parte se ha cometido un delito de violencia habitual intrafamiliar tipificado en el art. 173.2 CP, que entrará en concurso real con los delitos de lesiones del art. 153 (empujón) y del art. 148.2 (esguince y dolores cervicales), además del delito leve de amenazas del art. 171.4 CP —a pesar de que sean dichas conductas, de manera conjunta por darse el requisito de la ‘habitualidad’, las que vayan a dar lugar al delito del art. 173.2—.

⁷⁵ CUERDA ARNAU, M.L.: “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, *op.cit.*, p. 186.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- La situación legal de Leticia Ayala respecto a Felipe Domínguez es la de matrimonio no válido. Cuando se inscribieron como pareja de hecho en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca, lo que se constituyó fue una pareja de hecho que carecía de legalidad debido a que se daba una de las prohibiciones recogidas en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre: ser parientes colaterales por consanguinidad en tercer grado. Por esa misma causa, a pesar de cumplir con los demás requisitos exigidos para la constitución del matrimonio, éste solo podría ser válido si se solicitase por los cónyuges la dispensa anterior, o incluso, posterior al matrimonio. Pero como no consta que se dispensó el citado impedimento, habrá que considerar el matrimonio entre Leticia y Felipe como no válido.

SEGUNDO.- Respecto a la adopción de Antonio por parte de Felipe, podemos decir que no fue válida. Esto se debe a que el adoptante no cumple con el requisito establecido en el art. 175 CC: que la diferencia de edad con el adoptando sea de dieciséis años. Pues bien, entre Antonio y Felipe hay una diferencia de trece años y por tanto, no lo podría adoptar en ningún caso. Además, dicha adopción no puede considerarse como la realizada al hijo biológico de la pareja de hecho debido a que, como hemos dicho, la misma no fue válida.

TERCERO.- Como entendemos que el matrimonio de Leticia y Felipe no fue válido por darse uno de los impedimentos de parentesco del art. 47 CC y que no se solicitó la dispensa del mismo, Leticia debería de ejercitar la acción de nulidad del matrimonio para proceder a su disolución. En caso de que se hubiese dispensado y el matrimonio se consolidara como válido, si que podría solicitar el divorcio. Sin embargo, debido a que la buena fe se presume y entendemos que los cónyuges contrajeron matrimonio sin conocer la prohibición matrimonial, estaríamos hablando de la existencia de un matrimonio putativo. Y en consecuencia, los efectos serán comunes para la nulidad matrimonial, divorcio o separación.

CUARTO.- Debido a que, como dijimos anteriormente, la adopción de Antonio por Felipe no fue válida, en caso de crisis matrimonial no le corresponderá una pensión de alimentos. Como la patria potestad pertenece únicamente a Leticia, será esta quien deba de cumplir los deberes del art. 154 CC referente a los alimentos del menor. Sin embargo, la situación de Lucía es diferente ya que es hija de ambos cónyuges, por lo que a ella sí le correspondería una pensión de alimentos. Para saber quién se tendría que hacer cargo de la misma, hay que atender al régimen de custodia establecido por el juez. Como hemos visto, lo más probable en nuestro caso es que sea exclusiva de Leticia por tratarse de un supuesto de violencia de género, por lo que será Felipe quien deba de hacerse cargo de abonar periódicamente una pensión de alimentos a favor de Lucía. La razón es que la jurisprudencia entiende que sería absurdo que el mismo progenitor custodio se pagase a sí mismo una pensión por el hijo con el que convive, además de que la dedicación personal se cuantifica como tal a la hora de repartir la obligación de alimentos a los hijos.

QUINTO.- A falta de acuerdo entre los cónyuges, como en nuestro caso, el uso de la vivienda familiar se atribuirá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 CC). Por tanto, si entendemos que la custodia va a ser exclusiva para Leticia por tratarse de un caso de violencia de género, será a Lucía a quien se le atribuya el uso de la vivienda familiar y, como consecuencia, a Leticia.

SEXTO.- Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito ya que no solo se ha cometido un delito de violencia habitual intrafamiliar (art. 173.2 CP), sino que el mismo entrará en concurso real con los delitos de lesiones provocados del art. 153 y del 148.2 CP, además del delito leve de amenazas del art. 171.4 CP (aunque dichas conductas sean las que vayan a dar lugar al requisito de la ‘habitualidad’ que se exige para apreciar la violencia habitual en el ámbito familiar).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ALARCÓN, A./ BLANDINO GARRIDO, M.A./ SÁNCHEZ MARTÍN, P.: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar”, en AAVV, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (DE HOYOS SANCHO, M., Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 261-281.
- BERIAIN FLORES, I.: *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CRESPO MORA, M.C.: “La celebración del matrimonio”, en AAVV, *Derecho de familia* (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., Coord.), Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 401- 460.
- CUERDA ARNAU, M.L.: “Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones”, en AA.VV, *Derecho penal parte especial* (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 131-151
- CUERDA ARNAU, M.L.: “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en AA.VV, *Derecho penal parte especial* (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.151-177.
- DE LA ROCHA GARCÍA, E.: *Los menores de edad en el derecho español*, Comares, Granada, 2000.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.3 bis, Valencia, 2015.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil: Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 2012.
- ESPADA MALLORQUÍN, S.: “La adopción en derecho civil común”, en AAVV, *Derecho de familia* (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., Coord.), Aranzadi, Navarra, 2012, pp.1753-1807.
- FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista penal*, nº17, 2006.
- GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones: tipos agravados y cualificados*, Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GAVILÁN LÓPEZ, J.: *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.
- LETE DEL RÍO, J.M.: “Comentario al artículo 96 del Código Civil”, en AAVV, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del código civil* (Coord. LACRUZ BERDEJO, J.L.), Civitas, Madrid, 1994, pp.1146-1158.
- LIÑAN GARCÍA, A.: “Diversas consideraciones sobre las uniones de hecho en los ordenamientos jurídicos español y canónico”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 35, Castilla y León, 2015.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio”, en AAVV, *Manual de Derecho civil. Derecho de familia* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.), Bercal, Madrid, 2013, pp. 99-121.
- MARÍN LOPEZ, M.J.: “Requisitos del matrimonio”, en AAVV, *Manual de Derecho civil. Derecho de familia* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.), Bercal, Madrid, 2013, pp.49-67.
- MÉNDEZ PÉREZ, J.: *La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2000.
- MESA MARRERO, C.: *Las Uniones de Hecho*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- MONTERIO AROCA, J.: *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 93 del Código civil)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- MORENO QUESADA, B.: “La nulidad del matrimonio”, *Curso de Derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones* (SÁNCHEZ CALERO, F.J., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 89-99.
- OSSORIO SERRANO, J.M.: “Requisitos del matrimonio”, *Curso de Derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones* (SANCHEZ CALERO, F.J., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.63-88.
- PEREZ MARTIN, A.J.: *Derecho de familia. Nulidad matrimonial civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 2011.
- PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M.A.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico (teoría, praxis judicial y formularios)*, Comares, Granada, 2002.
- PRATS CANUT, J.M./ QUINTERO OLIVARES, G.: “Comentario al artículo 169 del Código Penal”, en AA.VV, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (QUINTERO OLIVARES, G., Dir), Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 218-232.
- RAMON RIBAS, E.: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol.XXXIII, Santiago de Compostela, 2013.
- RAMS ALBESA, J./ MORENO MARTÍNEZ, J.A.: *El régimen económico del matrimonio (comentarios al código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2006.
- SANTIAGO GUTIÉRREZ, P.: *Constitución de la adopción: Declaraciones relevantes*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Comares, Granada, 2005.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

a) Tribunal supremo.

- STS, de 13 de mayo de 1983 (RJ 1983\2819)
- STS, de 23 de noviembre de 1989 (RJ 1989\8705)
- STS, de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2014)
- STS, de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992\4907)
- STS 262/1993, de 6 de febrero (RJ 1993\882)
- STS 530/1994, de 12 de marzo (RJ 1994\213)
- STS 1200/1994, de 2 de junio (RJ 1994\4523)
- STS 1147/1994, de 3 de junio (RJ 1994\4524)
- STS 2094/1994, de 1 diciembre (RJ 1994\9381)
- STS 2280/1994, de 27 de diciembre (RJ 1994\213)
- STS 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994\10330)
- STS 408/1995, de 21 de marzo (RJ 1995\2041)
- STS 212/1998, de 10 de marzo (RJ 1998\1272)
- STS 523/2002, de 22 de marzo (RJ 2002\4479)
- STS 1021/2003, de 7 de julio (RJ 2003\6218)
- STS 1246/2003, de 3 de octubre (RJ 2003\74123)
- STS 15/2004, de 30 de enero (RJ 2004\438)
- STS 86/2005, de 10 de febrero (RJ 2005\922)
- STS, de 22 de marzo de 2006 (RJ 2006\3304)
- STS 1199/2006, de 11 de diciembre (RJ 2007\745)
- STS 38/2007, de 31 de enero (RJ 2007\1651)
- STS 91/2007, de 12 de febrero (RJ 2007\792)
- STS 751/2007, de 21 de septiembre (RJ 2007\7082)
- STS 1104/2007, de 20 de noviembre (RJ 2007\9125)
- STS 533/2008, de 19 de septiembre (RJ 2008\5252)
- STS 411/2009, de 14 de abril (RJ 2009\2950)
- STS 891/2008, de 11 de diciembre (RJ 2009\4712)
- STS 91/2009, de 3 febrero (RJ 2009\1394)
- STS 1137/2009, de 22 de octubre (RJ 2010\168)
- STS 191/2011, de 29 de marzo (RJ 2011\3021)
- STS 236/2011, de 14 de abril (RJ 2011\3590)
- STS 451/2011, de 21 de junio (RJ 2011\7325)
- STS 325/2012, de 30 de mayo (RJ 2012\6547)
- STS 426/2013, de 17 de junio (RJ 2013\4375)
- STS 622/2013, de 17 de octubre (RJ 2013\7255)
- STS 34/2014, de 6 de febrero (RJ 2014\1617)
- STS 301/2014, de 29 de mayo (RJ 2014\3889)
- STS 297/2014, de 2 de junio (RJ 2014\2842)
- STS 546/2014, de 19 de julio (RJ 2014\3545)
- STS 580/2014, de 25 de septiembre (RJ 2014\4963)
- STS 448/2015, de 15 de julio (RJ 2015\3597)
- STS 19/2016, de 26 de enero (RJ 2016\360)
- STS 36/2016, de 4 de febrero (RJ 2016\260)
- STS 55/2016, de 11 febrero (RJ 2016\249)

b) Audiencia provincial.

- SAP Valencia, de 10 de abril de 1992 (AC 1992\524)
- AAP de Sevilla, de 30 de junio de 1992 (AC 1992\963)
- SAP Granada, de 17 de octubre de 1994 (AC 1994\1768)
- SAP Madrid, de 8 de abril de 1997 (AC 1997\688)
- SAP Barcelona, de 30 de marzo de 1998 (AC 1998\4031)
- SAP Guipúzcoa, de 12 mayo de 1998 (AC 1998\7972)
- SAP Barcelona, de 1 de diciembre de 1998 (AC 1998\8722)
- SAP Madrid, de 17 de diciembre 1998 (AC 1998\8718)
- SAP Madrid, de 23 de septiembre de 1999 (AC 1999\1891)
- SAP Valencia 509/1999, de 5 de noviembre (ARP 1999\5196)

- SAP Albacete 231/1999, de 19 de noviembre (JUR 1999\732)
- SAP Almería 8/2000, de 4 de febrero (ARP 2000\159)
- SAP Jaén 63/2000, de 9 de febrero (AC 2001\2461)
- SAP Castellón 517/2000, de 20 de septiembre (AC 2000\1796)
- SAP Madrid, de 22 de septiembre del 2000 (AC 2000\1763)
- SAP Barcelona, de 2 de noviembre del 2000 (JUR 2001\119419)
- SAP Castellón 517/2000, de 20 de septiembre (AC 2000\1796)
- SAP Barcelona, de 14 febrero de 2001 (AC 2002\405)
- SAP Barcelona, de 14 de febrero de 2001 (AC 2002\405)
- SAP Baleares 251/2001, de 9 de abril (JUR 2001\180473)
- SAP Córdoba 254/2001, de 25 de octubre (JUR 2001\332453)
- SAP A Coruña, de 7 mayo de 2002 (JUR 2002\198111)
- SAP Murcia 216/2002, de 30 de septiembre (JUR 2002\265383)
- SAP Alicante 580/2002, de 30 de septiembre (JUR 2002\273920)
- SAP Huelva, de 29 octubre de 2002 (JUR 2003\42200)
- AAP Castellón 216/2003, de 15 de julio (AC 2003\1094)
- AAP Barcelona, de 31 octubre de 2003 (JUR 2004\4274)
- SAP Las Palmas 336/2004, de 11 de junio (JUR 2004\204100)
- SAP Madrid 382/2005, de 8 de noviembre (JUR 2006\290750)
- AAP de Sevilla 273/2004, de 30 de noviembre (JUR 2005\68309)
- SAP Baleares 291/2005, de 29 de junio (JUR 2005\190190)
- SAP Málaga 83/2005, de 1 de septiembre (JUR 2005\228944)
- SAP Burgos 280/2006, de 30 de junio (JUR 2006\228603)
- SAP Madrid 337/2006, de 20 de septiembre (AC 2006\1935)
- SAP Alicante 605/2006, de 28 de diciembre (JUR 2006\140560)
- SAP Baleares 251/2007, de 31 de mayo (JUR 2007\286909)
- SAP Castellón 81/2007, de 4 de junio (JUR 2007\321635)
- SAP A Coruña 146/2009, de 16 de abril (JUR 2009\284114)
- SAP Barcelona 412/2009, de 11 de junio (JUR 2009\408657)
- SAP Valencia 435/2009, de 25 de junio (JUR 2010\72828)
- SAP Madrid 285/2010, de 30 de junio (ARP 2010\912)
- AAP Madrid 785/2010, de 20 de octubre (JUR 2011\17117)
- SAP Granada 566/2009, de 27 de noviembre (JUR 2010\43564)
- SAP Madrid 268/2010, de 3 de marzo (JUR 2010\166007)
- SAP Islas Baleares 167/2011, de 13 de mayo (JUR 2011\206655)
- SAP Madrid 200/2015, de 31 de marzo (ARP 2015\933)
- SAP Alicante 706/2015, de 23 de noviembre (JUR 2016\215178)
- SAP Málaga 420/2016, de 15 de junio (AC 2016\2314)

c) Juzgado de Primera Instancia

- SJPI de Alicante 537/2016 de 15 de diciembre (ARP 2017\266)

d) Juzgado de Violencia de la Mujer.

- SJVM Santa Coloma de Gramenet (Barcelona), de 18 marzo de 2014 (JUR 2014\190574)

OTROS DOCUMENTOS

a) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

- RDGRN 18.10.1995 (RJ 1995\9565)
- RDGRN 24.02.2001 (RJ 2001\3860)

b) Circulares de la Fiscalía General.

- Circular 2/1990, de 1 de enero.
- Circular 6/2011, de 2 de noviembre.